الفقه

آية الله العظمى

السيد محمد الحسيني الشيرازي

(دام ظله)

كتاب الرهن



دار العلوم

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحیم

الفقه: موسوعه استدلاليه فی الفقه الاسلامی

کاتب:

آیت الله سید محمد حسینی شیرازی

نشرت فی الطباعة:

موسسه الفکر الاسلامی

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی المجلد ۴۹

اشاره

سرشناسه : حسینی شیرازی، محمد

عنوان و نام پدیدآور : الفقه : موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی/ المولف محمد الحسینی الشیرازی

مشخصات نشر : [قم]: موسسه الفکر الاسلامی، ۱۴۰۷ق. = - ۱۳۶۶.

شابک : ۴۰۰۰ریال(هر جلد)

یادداشت : افست از روی چاپ: لبنان، دارالعلوم

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

موضوع : اخلاق اسلامی

موضوع : مستحب (فقه) -- احادیث

موضوع : مسلمانان -- آداب و رسوم -- احادیث

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵/ح۵ف۷۶ ۱۳۷۰

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۰-۵۵۱۵

ص:۱

اشاره

الطبعه الثانيه

١٤٠٩ ه‍ـ ـ ـ ١٩٨٨م

مُنقّحه ومصحّحه مع تخريج المصادر

دار العلوم ـ طباعه. نشر. توزيع.

العنوان: حاره حريك، بئر العبد، مقابل البنك اللبنانى الفرنسى

كتاب الرهن

اشاره

الفقه

موسوعه استدلاليه فى الفقه الإسلامى

آيه الله العظمى

السيد محمد الحسينى الشيرازى

دام ظله

كتاب الرهن

دار العلوم

بيروت لبنان

ص:٣

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنه الدائمه على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص:۴

والغالب أن يكون على أسلوب الشرائع.

وهو مصدر رهن، فإذا أضيف إلى الفاعل كان معناه إعطاء الرهن، وإذا أضيف إلى المفعول كان معناه ارتهان الدار مثلاً.

مثل ما إذا قتل زيد عمرواً، فربما يقال: قَتَل زيد، ويراد به قتله لعمرو، وربما يقال: قُتل عمرو، ويراد به مقتوليته.

وربما يضاف إلى آخذ الرهن، فإذا رهن زيد عمرواً الدار قيل: رهن عمرو.

وقد يكون الرهن اسم مصدر بدون إضافه إلى فاعل أو مفعول أو الطرف، وقد يكون اسماً للشيء المرهون الذى يجمع على رهان، كسهم وسهام، وربما جمع على رُهُن كسقف وسقف، وربما كان رهن جمع رهان فيكون جمع الجمع، ذكر بعض ذلك مفتاح الكراهه، وتبعه الجواهر وغيره.

قال فى الشرائع: وهو وثيقه لدين المرتهن.

قال فى المسالك: الرهن لغه الثبوت والدوام، يقال: رهن الشيء إذا ثبت ودام، ومنه نعمه راهنه، ويطلق على الحبس بأى سبب كان.

قال لله تعالى:(كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ)((١))، أى محبوسه بما كسبته من

١- سوره المدثر: الآيه ٣٨

خير وشر، وأخذ الرهن الشرعى من هذا المعنى أنسب إن افتقر إلى المناسبه، من حيث إن الرهن يقتضى حبس العين على مالكها ليستوفى الدين.

أقول: قد ذكرنا مكرراً أن الماده الواحده لابد وأن تكون لمعنى واحد، وإنما الاختلاف بالمناسبات، لأن ذلك هو المتبادر من الماده الواحده، فالحبس والدوام فى المقام مصداقان للدوام، فإن غير المحبوس ينطلق بخلافه فإنه لا يبارح مكانه، فكما أن المحبوس يلازم مكانه كذلك الرهن يلازم الدين، والنفس تلازم عملها أو بالعكس، وإنما قيل: (وثيقه) بالتأنيث باعتبار العين المقدره، وربما قيل: إن الرهن لغه كذا، وشرعا كذا، ويراد بشرعاً أن الشارع والمتشرعه إذا أطلقوه أرادوا هذا المعنى، فإشكال الجواهر عليهم بقوله: ليس له معنى شرعى جديد، يحمل عليه لفظه فى الكتاب والسنه، كما حررفى محله وإن طفحت عباراتهم بأنه شرعاً كذا، غير ظاهر الوجه.

قال المسالك: والوثيقه فعيله، قد يكون بمعنى الفاعل والمفعول، والأنسب هنا الثانى، لأن الرهن موثوق به.

أقول: أما إذا كان بمعنى الفاعل كان مجازاً، لأن الراهن واثق بسببها، فنسب الواثق إلى السبب.

وعن القاموس والصحاح والمصباح: إن رَهَن وأَرْهَن بمعنى، ومرادهم النتيجه، وإلا فزياده المبنى تدل على زياده المعنى.

وفى مفتاح الكرامه: فوائد جمه هنا، كما أن المسالك أشكل على تعريفهم

بإشكالات بعضها غير وارد، وحيث إن المهم الإلماع لا نطيل فی ذكرها ودفعها.

ثم إنه يدل عليه الأدله الأربعه:

قال سبحانه: (فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ)((۱)).

وقال (عليه السلام): «لا رهن إلاّ مقبوضاً». وغيره مما سيأتی((۲)).

والإجماع القطعی، بل الضروره عليه.

قال فی الجواهر: الإجماع بقسميه عليه، بل لعله من ضروريات المذهب أو الدين.

والعقل يدل عليه أيضاً، إذ لا وجه لعدم القرض ونحوه، وإذا اقترض لا وجه لترك القرض محتمل التلف بدون أخذ رهينه عليه.

نعم، لابد وأن يكون الرهن شرعاً وعقلاً ـ تحت حساب اقتصادی، أما شرعاً فلأنه دون ذلك إجحاف إن علم المعطی الأزيد، وغبن إن لم يعلم.

وأما عقلاً، فللزوم التساوی بين العطيه والفائده فی المعاملات، فما تعارف فی زماننا من إعطاء مالك الدار مثلاً داره رهناً فی قبال أخذه مالاً، ثم صاحب المال يستأجر الدار عن مالكها بأجره خاصه، يلزم ملاحظه أن فائده النقد المضاربيه منضمه إلی الأجره المعطاه، هل تقابل أجره الدار العادله، فإن زادت أو نقصت كان أحدهما مجحفاً أو غابناً للآخر.

مثلاً: يأخذ صاحب الدار ألف دينار، ويرهن داره عند صاحب الألف، ثم يؤجر المالك الدار إياه لكل سنه عشره، فإذا فرض أن الربح المضاربی للألف الخمس، أی مائتان، كان معنی ذلك أن صاحب الألف استفاده منفعه الدار فی كل سنه مقابل مائتين وعشره،

۱- سوره البقره: الآيه ۲۸۳

۲- وسائل الشيعه: ج۱۳ ص۱۲۳ الباب۳ ح۱، المحاسن: ص۱۰۲

فإذا فرض أن الأجره العادله للدار كل سنه مائتين وخمسين، كان معناه حصول الزياده عند صاحب الألف بقدر أربعين، لأنه أخذ ما قيمته مائتين وخمسين وأعطى مائتين وعشره.

وإذا فرض أن الأجره العادله لكل سنه مائتان، كان معناه حصول الزياده عند صاحب الدار بقدر عشره، لأنه أعطى ما قيمته مائتين وأخذ مائتين وعشره.

لا ـ يقال: القيمه المضاربيه تختلف، فإذا صارت التجاره للألف فى العقار كان الربح مائه، وإذا صارت فى البضائع الاستهلاكيه كان الربح مائيتن وهكذا، فمن أين لنا أن نعرف كميه القيمه المضاربيه؟

لأنه يقال: الرأسماليه المنحرفه تجعل الميزان الربح الربوى للمصارف وهو لا يختلف، وحيث إن الربح الربوى باطل نجعله نحن الربح المضاربى، فإذا اختلف ـــ كما فرض ـــ يلزم أن يؤخذ بالوسط العادل عرفاً، لقاعده العدل والإنصاف العقليه والشرعيه لنصف الربحين أو ثلث الثلاثه، وهكذا.

ثم الرهن بحاجه إلى إيجاب وقبول، لعدم صدقه بدونهما، كسائر العقود، ويتحقق بالمعاطاه، للأدله العامه التى أقاموها فى البيع.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره جامع المقاصد بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاه بالإجماع، بخلاف ما هنا، وما ذكره الجواهر بأن التحقيق عدم كون المعاطاه فى البيع وغيره فرداً من مسمياتها، وعلى تسليمه فهى ليست من الصحيح منه، ضروره اعتبار العقديه فى تحقق مفهومه، فلا يجرى حينئذ شيء من أحكامه عليها، وإلا لزم تعدد مفهوم البيع ولو من جهه الأحكام، وهو مقطوع بعدمه بملاحظه الأدله الظاهره فى أنه وحدانى، انتهى.

إذ للبيع وغيره مفهوم واحد يشمل اللفظ والمعاطاه، وكلاهما له حكم واحد كما حقق فى البيع، والقول بأنها لا تفيد اللزوم محل منع.

وكيف كان، فالإيجاب كل لفظ دال على الارتهان، كقوله: (رهنتك)، أو (هذه وثيقه عندك)، أو ما أدى هذا المعنى، كما ذكره الشرائع.

وقد ذكرنا فى بعض المباحث: إن كل لفظ حقيقى أو مجازى أو مشترك بالقرينه يفيد شيئاً من الإيجابات يكفى، وخروج النكاح والطلاق لدليل مخرج، وإلا فلا دليل على أن الشارع غيّر الطريقه العرفيه بعد أن الشارع يأتى بلسان القوم، ويكلم الناس على قدر عقولهم، وذلك يقتضى اتحاد الشرع والعرف فى أمثال هذه الأمور.

ويصح (أرهنك) لما تقدم من القاموس وغيره، فمنع المهذب البارع له محل نظر.

وقد ظهر مما تقدم صحته بدون لفظ، فكيف باللفظ غير العربى، ولذا أفتى التذكره والدروس وغيرهما كفايته بغير العربيه.

ومما تقدم يعلم صحه أن يأتى كلاهما باللفظ وبدونه، وبالعربى وبغيره، وأن يختلفا، كما يصح أن يتقدم كل واحد منهما على الآخر، فيقول: (أعطيتك المال فى قبال رهن دارك عندى)، أو بالعكس، كل ذلك لصدق الرهن والعقد.

ومنه يعلم وجه النظر فى إشكال الجواهر على عدم اعتبار لفظ مخصوص، لا صيغه خاصه، بأن ترجيح جانب الجواز أيضاً ترجيح من غير مرجح، والأصول تقتضى عدم لحوق أحكام الرهن، إلى آخر كلامه.

كما يعلم وجه النظر فى كلام جامع المقاصد، بمنع صدق العقد على ما كان باللفظ العجمى مع القدره على العربى، وفى كلام من اعتبر الماضويه، وتقديم الإيجاب، فراجع تفصيل كلامهم فى شروح الشرائع والقواعد وغيرهما.

نعم، لا إشكال فى اعتبار القصد، إذ بدونه ليس بعقد، كما أنه لو وقع

الفضولی صح مع الإجازه لا بدونها، وإلا لم یکن (عقودکم)، المستفاد من ﴿أوفوا بالعقود﴾ علی التفصیل المذکور فی کتاب البیع وغیره.

وعلی ما ذکرناه تکفی الإشاره وإن کان قادراً علی النطق، خلافاً للشرائع، حیث قال: لو عجز عن النطق کفت الإشاره، ولو کتب بیده والحال هذه وعرف ذلک من قصده جاز، واستدل له بقوله (علیه السلام): «إنما یحلل الکلام ویحرم الکلام»[(۱)]. بضمیمه أنه فی حال العجز یخرج عنه بالضروره، وبالمناط فی تلبیه الأخرس وشهادته وصلاته ووصیته، کما ورد النص بکل ذلک.

وفیه ما أجیب به فی المکاسب للأنصاری (رحمه الله) وغیره فی بحث المعاطاه عن الروایه.

ولو قیل به یلزم عدم الصحه من الأخرس أیضاً إلّا فی حال الضروره، بعدم من یقوم مقامه فی اللفظ، إذ التلبیه والوصیه وغیرهما لا تفید مناطاً قطعیاً یشمل المقام.

نعم فی الجواهر فی مسأله کفایه الإشاره للعاجز: بلا خلاف أجده فیه.

ومما تقدم یعلم کفایه الاستیجاب والإیجاب والرضا بالإیجاب بکل مظهر له، بل عن التذکره الاکتفاء بالاشتراط فی عقد البیع عنه.

فلو قال: بعتک هذا الکتاب، واشترطت علیک أن ترهننی دارک، فقال المشتری: قبلت وأرهنتک صح.

فقول الجواهر: إن التحقیق خلافه، محل منع.

ویظهر مما ذکرناه أنه یکفی اللفظ المغلوط.

قال فی الشرائع: ویصح الارتهان سفراً وحضراً.

أقول: وکأنه للإشاره إلی أن ما ذکر فی الآیه الکریمه مبنی علی الغالب

۱- الوسائل: ج۱۲ ص۳۷۶ الباب۸ من أبواب أحکام العقود ح۴

من عـدم وجود الكـاتب فى السـفر فى الزمـان السـابق، وفى كـثير من القرى والأريـاف فى الزمـان الحاضـر، وإلاّ فعليه الإجمـاع والضروره وإطلاق بعض الأدله.

قـال فى الجواهر: فالآيه، نحو قوله سـبحانه: (وَإِن كُنتُم... عَلَى سـفر) إلى قوله: (فَلَمْ تَجِدُواْ مَـاءً فَتَيَمَّمُواْ)((1))، فإن عـدم الماء يكون فى السفر غالباً، فما عن بعض العامه من عدم جوازه فى الحضر للآيه فى غايه الضعف.

أقول: وجه الضـعف أن ذلـك خلاف الفهم العرفى، بعـد وجود القرائن الـداخليه والخارجيه، وقـد ورد عن النبى (صـلى الله عليه وآلـه) أنـه رهـن درعـه عنـد يهـودى وهـو حاضــر بالمـدينه، وأن علياً (عليـه السـلام) رهـن بعض الملابـس عنـد يهـودى وهو كذلك((2))، إلى غير ذلك.

ولذا كان المشهور بين العامه أيضاً عدم اشتراط السفر.

قال فى مفتاح الكرامه عند قول العلامه: ويصح الرهن سفراً وحضراً إجماعاً، كما فى الخلاف وكنز العرفان، وظاهر غيرهما.

قال فى الخلاف: وبه قال جميع الفقهاء إلا مجاهداً فقال: لا يجوز إلاّ فى السفر، وحكى ذلك عن داود، وحكاه فى كنز العرفان عن الضحاك أيضاً، انتهى.

وعليه فالرهن كالبيع لا يقيد بالسفر والحضر، ووجود الكاتب وغيره، إلى غيرهما من الإطلاقات.

1- سوره النساء: الآيه 43، وسوره المائده: الآيه 60

2- مستدرك الوسائل: ج2 ص494 الباب1 من أبواب الرهن ح4

مسأله ۱ القبض فی الرهن

(مسأله ۱): قال فی الشرائع: وهل القبض شرط فی الرهن، قیل: لا، وقیل: نعم، وهو الأصح.

أقول:

الأول: للشیخ فی أحد قولیه، وابن إدریس والفاضل وولده والمحقق والشهید الثانیین والبشری والجواهر وغیرهم، بل عن السرائر نسبته إلی أکثر المحصلین، وعن کنز العرفان إلی المحققین، وعن الغنیه والسرائر لا خلاف فی حصول الصحه بدونه، وإنما الخلاف فی لزومه بدونه.

والثانی: للمفید، والشیخ فی قوله الثانی، وبنی الجنید والبراج وحمزه، والطبرسی وغیرهم، بل عن الأخیر الإجماع علیه، وعن بعض أهل اللغه عدم تحقق المسمی بدونه.

قال فی الجواهر: والمحصل أن الأقول فی المسأله ثلاثه:

الأول: عدم المدخلیه له فی الصحه واللزوم.

الثانی: توقف الصحه علیه.

الثالث: توقف اللزوم علیه دون الصحه.

ثم اختار هو القول الأول، ویدل علی ذلک آیه الوفاء بالعقد وغیرها من ما دل علی اللزوم بمجرد العقد، ولو شک فأصاله عدم الاشتراط بعد عدم الدلیل محکمه، ولأن العرف لا یشرطون القبض فی الصحه أو اللزوم، والشارع حیث أمضی العرف یکفی شرعاً ما یکفی عندهم.

واستدل للثانی: بالآیه الکریمه، حیث قال سبحانه: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾((۱))، کما قال سبحانه: ﴿تجاره عن تراض﴾((۲))

۱- سوره البقره: الآیه ۲۸۳

۲- سوره النساء: الآیه ۲۹

فكما لا تجاره إذا لم تكن عن تراض، كذلك لا رهن إذا لم يكن مقبوضاً.

وبجمله من الروايات:

مثل ما رواه محمد بن قيس، عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: «لا رهن إلّا مقبوضاً»((١)).

وما رواه العياشى فى تفسيره، عن محمد بن عيسى، عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: «لا رهن إلّا مقبوضاً»((٢)).

وقد أشكل المسالك على الاستدلال بهما بأن دلاله الآيه من حيث المفهوم الوصفى وهو ضعيف، والروايه ضعيفه السند، ووصف القبض فى الآيه للإرشاد، كما يرشد إليه اشتراطه بالسفر وعدم الكاتب، والإجماع على أن استدامه القبض ليست شرطاً.

وفى الكل ما لا يخفى، إذ الآيه ظاهره وإن كان من باب الوصف، والاقتران بغير الشرط لدليل لا يخرجها بالنسبه إلى القبض عن الاشتراط، والسند من قسم الموثق.

ويؤيده روايات أخر، وإن كانت ضعيفه، مثل ما رواه الدعائم، عن الصادق (عليه السلام)، أنه قال: «لا يكون الرهن إلّا مقبوضاً»((٣)).

وعنه (عليه السلام) أيضاً، أنه قال: «لا بأس برهن الدور والأرضين، المشاع منها والمقسوم، ولا بأس برهن الحلى والطعام والأموال كلها إذا قبضت، وإن لم يقبض فليس برهن»((٤)).

ويؤيده أيضاً إن روايات رهنهم (عليهم السلام) دلت على أنه كان بالقبض:

١- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٢٣ الباب٣ ح١، المحاسن: ص١٠٢

٢- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٢٤ الباب٣، تفسير العياشى: ج١ ص١٥٦ ح٢٥٢

٣- مستدرك الوسائل: ج٢ ص٤٩٤ الباب٣ ح١

٤- مستدرك الوسائل: ج٢ ص٤٩٤ الباب٣ ح٢

فعن البحار فی حدیث، عن ابن عباس: إن فاطمه (علیها السلام) قالت لسلمان: «یا سلمان خذ درعی هذا، ثم امض به إلی شمعون الیهودی وقل له: تقول لک فاطمه بنت محمد: أقرضنی علیه صاعاً من تمر، وصاعاً من شعیر، أرده علیک إن شاء الله»، فأخذ سلمان الدرع ثم أتی به إلی شمعون الیهودی، فقال له: یا شمعون هذا درع فاطمه بنت محمد (صلی الله علیه وآله) تقول لک: «أقرضنی علیه صاعاً من تمر، وصاعاً من شعیر، أرده علیک إن شاء الله»، فأخذ شمعون الدرع((۱))، الحدیث.

وعن المناقب، عن فاطمه (علیها السلام)، أنها رهنت کسوه لها عند امرأه زید الیهودی فی المدینه، واستقرضت الشعیر((۲)).

وعن تفسیر أبی الفتوح: إن النبی (صلی الله علیه وآله) ابتاع طعاماً من یهودی نسیئه، ورهن علیه درعه((۳)).

وعن ابن أبی جعفر قال فی الحدیث الصحیح: «إن النبی (صلی الله علیه وآله) رهن درعه من یهودی بشعیر أخذه لقوت أهله»((۴)).

وعن الطبرسی فی مجمع البیان، عن أبی رافع، قال: نزل برسول الله (صلی الله علیه وآله) ضیف، فبعثنی إلی یهودی فقال: «قل: إن رسول الله (صلی الله علیه وآله) یقول: بعنی کذا وکذا من الدقیق، وأسلفنی إلی هلال رجب»، فأتیته فقلت له، فقال: والله لا أبیعه ولا أسلفه إلاّ برهن، فأتیت رسول الله (صلی الله علیه وآله) فأخبرته، فقال: «والله لو باعنی

۱- مستدرک الوسائل: ج۲ ص۴۹۴ الباب۱ ح۲

۲- مستدرک الوسائل: ج۲ ص۴۹۴ الباب۱ ح۳

۳- مستدرک الوسائل: ج۲ ص۴۹۴ الباب۱ ذیل الحدیث

۴- مستدرک الوسائل: ج۲ ص۴۹۴ الباب۱ ح۴

أو أسلفنى لقضيته، وإنى لأمين فى السماء، وأمين فى الأرض، اذهب بدرعى الحديد إليه»((١)).

لكن مع ذلك لا يمكن الاطمينان بالأدله المذكوره لعدم الصحه أو عدم اللزوم بدون القبض، فإن الآيه الكريمه حسب الفهم العرفى ذكرت الوصف الطبيعى للرهن وهو أنه يقبض، خصوصاً والقرآن الحكيم يلقى الظلال على مواضعيه وأحكامه، فليست مثل آيه:(تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ)((٢))، إذ بدون الرضا لا تجاره، بينما بدون القبض رهن.

ولو شك فى إراده الآيه أى الأمرين، كان انصراف الرهن إلى العرفى الذى أمضاه الشارع مانعاً عن ظهور مقبوضه فى كون القبض داخلاً فى حقيقه الرهن أو لزومه.

وبذلك يظهر أن الروايتين لا يمكن الاعتماد على دلالتهما المذكوره، إذ لعل الظاهر منهما (بل يكفى احتمال ذلك احتمالاً يلحقها بالمجمل) أن لا فائده فى الرهن إذا لم يقبض، فهى مثل «لا عمل إلا بنيه» ونحوه، لا مثل لا إنسان إلّا بالنطق، ولا صيام إلّا بإمساك.

أما الروايات الأخر، فعدم دلالتها أظهر.

نعم فى روايه الدعائم إشعار، لكن احتمال ما ذكرناه احتمالاً مساوياً فى الروايتين آت فيها أيضاً، وبذا كله يشك فى أن الشارع رفع اليد عن

١- مستدرك الوسائل: ج٢ ص٤٩٤ الباب٢ ح١

٢- سوره النساء: الآيه ٢٩

الرهن العرفى الذى هو مثل سائر المعاملات ليس القبض من مقومها أو ملزمها، فالأصل عدم ذلك.

وأما جعل الروايات تقيه لموافقتها لجمهور العامه، ومنهم أبو حنيفه والشافعى وأحمد فى أحد الروايتين وغيرهم، فلا تصل النوبه إليه بعد ضعف الأدله وعدم المعارض الموجب للرجوع إلى المرجحات والتى منها الحمل عليها.

ولذا قال الجواهر فى تضعيف استدلال المشترط بهما: يحتمل إراده بيان اعتبار كون الرهن مما يقبض، كما يؤمى إليه عدم تخصيص القبض للمرتهن، بالإضافه إلى احتمال إراده نفى الاعتداد به فى الاستيثاق والطمأنينه لا الشرطيه، بل لعل الظاهر منه ذلك بعد أن كان النفى فيه العين المرهونه لا العقد الذى يوصف بالصحه والبطلان، وبذلك يضعف دلاله الآيه أيضاً ويقوى إراده الإرشاد منها، بل قد يستفاد منها ومن الخبر مشروعيه الرهن بغير قبض، كما هو المختار، وإن كان لا يحصل به تمام الاستيثاق فى بعض الأحوال، فقد بان من ذلك فساد دعوى الشرطيه على كل حال، وإن كانت هى فى اللزوم أوضح فساداً، ضروره عدم دليل للصحه حينئذ على وجه يفصلها عن اللزوم، فلا ريب حينئذ فى قوه القول بالعدم مطلقاً، فتسقط حينئذ جميع الفروع التى ذكروها فى المقام، انتهى ملخصاً.

ثم الذين قالوا بتوقف صحه الرهن على القبض بحيث لولاه لم يصح، فرعوا على ذلك فروعاً، وقد عرفت أن منهم المحقق، فقال: ولو قبضه من غير إذن الراهن لم ينعقد، أى الرهن.

وفى الجواهر: إنه لا خلاف أجده فيه، بناءً على اعتبار القبض فى الصحه، لكونه قبضاً غير مأذون فيه، أو منهياً عنه.

ص:۱۶

أقول: عـدم الأذن كاف، وإلا فالنهى فى المعاملات لا يلازم البطلان، كالبيع وقت النـداء على التفصـيل الذى ذكروه فى الأصول فى مسأله النهى فى المعامله.

وبذلك يظهر أنه لا وجه للتمسك بالاستصحاب لحق الرجوع كما فى الجواهر، إذ الأصل لا مجال له بعد وجود الدليل، اللهم إلاّ أن يريـد ما اعتادوه من ذكر الأصل فى سـياق الـدليل فى كثير من الأحيان احتياطاً، لإمكان المناقشه فى الدليل، أو لمجرد بيان ما هو الأصل إذا لم يكن دليل فرضاً.

وكيف كان، فحيث كان المنصرف من الآيه والروايه كون القبض برضى الراهن، لم يشمله القبض بدون رضاه، فلا إطلاق لدليل الشـرطيه، بل الظاهر أن الرضا المجرد لا يكفى، بل يلزم الفعل من نفسه أو بإذنه أو بإجازته بعد ذلك، لأن القبض ظاهر فى فعل الراهن مثـل العقـد، فمجرد رضـاه بالعقـد بـدون مظهر سـابق من وكـاله أو إذن، أو لاـحق كالإجازه لا يجعل العقـد عقـده، وهنا كذلك لا يجعل القبض قبضه، فلا يقال أقبضه، كما لا يقال عقده، بمجرد أنه كان راضـياً بأحدهما، ولعل تعبيرهم بأنه لا يسـقط حق الراهن فى الإقباض إلاّ برضاه، لابد وأن يراد به الرضى المقترن بالفعل والعمل.

ومنه يعلم الإشـكال فى ما حكى عن الكفايه من الإشـكال فى اعتبار الإذن، بناءً على كون القبض شـرطاً فى الصـحه دون اللزوم، كما يعلم الإشكال فى جزمه بوجوب إذن الراهن على القول بعدم الاشتراط فى اللزوم، فضلاً عن الصحه.

إذ قد ظهر وجه الإشكال فى الأول.

أما وجه الإشكال فى الثانى، فلأنه إذا تم العقد ولا حاله منتظره، فالملك صار حقاً للمرتهن، ولا دليل على توقفه على شىء آخر، فإذا أراد أخذ حقه بلا حاله منتظره، وكأن الجواهر لذلك قوى عدم الاحتياج إلى الإذن بأنه يجب على الراهن

الإقباض، فليس للمالك منع المرتهن من قبضه، بل ولا يتوقف على إذنه، واحتمال وجوب مراعاه الإذن لكونه باقياً على ملكه، وإن كان إذا امتنع أجبره الحاكم، فإن لم يمكن قام مقامه فى التسليم، لا يخلو من وجه، إلاّ أن الأقوى ما ذكرناه.

أقول: وكأن الوجه استصحاب بقاء سلطته ولو فى الجمله، لكنه وجه ضعيف، فهو مثل قوله سبحانه:(فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا)((١))، حيث ليس معنى ذلك توقف أخذهم على دفع الأولياء.

هذا فيما فيه نص على الدفع، فكيف فى المقام الذى لا نص فيه، خصوصاً بعد أن عرفت أن مقبوضه فى الآيه، وفى الروايه ليس بصدد بيان الاشتراط، فهو مثل قوله سبحانه:(وَاللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْصُطُ)((٢)).

ثم الظاهر أن الرهن كسائر العقود والإيقاعات إذا جعل شرطاً فى بيع ونحوه لم يتحقق، فكما أنه إذا شرط فى عقد البيع إجاره دار أحدهما للآخر، أو زواج أحدهما بالآخر، أو طلاق الرجل للمرأه التى هى طرف عقد البيع، لم يتحقق الإجاره والنكاح والطلاق إلاّ بالعقد والإيقاع، لإطلاق أدله احتياجها إلى العقد والإيقاع، فلايؤثر الشرط إلاّ وجوب أحدهما على المشروط عليه.

وكذلك فى باب الرهن، فإذا وفى بالشرط فهو، وإلا أجبر عليه، لأنه حق الشارط، وإن لم يمكن جبره أو لم ينزجر، حق له إبطال العقد المشروط فى ضمنه، فشرط النتيجه لا يصح فى مقام الاحتياج إلى العقد والإيقاع، لكن لا يبعد حصول الرهن.

١- سوره النساء: الآيه ۶

٢- سوره البقره: الآيه ٢۴۵

وأما وفاء المشروط عليه بالرهن المشروط فهو أن يعقده.

أما الإقباض، فليس بشرط على المختار من كونه ليس شرطاً، لا فى الصحه ولا فى اللزوم.

أما عند من يرى الاشترط بالإقباض فلابد وأن يقول هنا عند ما جعل الرهن شرطاً فى العقد أنه يلزم على المشروط عليه أن يرهن ويقبض، إذ المنصرف من الشرط الرهن المثمر للأثر، وحيث لا أثر إلاّ للمقبوض، سواء قلنا بأنه شرط الصحه أو اللزوم، فإذا لم يقبض لم يف بشرطه بعد، ولا حق للمشروط له أن يقبضه بنفسه، لأنه بعد ليس رهناً، على كونه شرطاً فى الصحه، أو ليس لازماً على القول الآخر، وما لا يلزم على إنسان،كيف يتصرف فيه غيره.

وكيف كان، فقد ذكر الشرائع عدم انعقاد الرهن لو أذن فى قبضه ثم رجع من إذنه قبل قبضه، بناءً على ما اختاره من اعتبار القبض فى الصحه، حيث إن القبض لا ـ يكون إلاّ ـ بالإذن، والرجوع من الأذن يجعله عدماً، فهو كالرجوع عن الإيجاب قبل قبول القابل، لعدم تحقق إقباضه هنا بذلك، كعدم تحقق عقودكم هناك بذلك، ولذا علله الجواهر بضروره عدم اللزوم عليه بالإذن الذى له الرجوع فيها للأصل وغيره.

أقول: مراده بالأصل قاعده تسلط الناس على أنفسهم، بعد أن لم يكن دليل على لزوم الإذن عليه بمجرد أن أذن، أو الاستصحاب.

ومنه يعلم أنه إذا أذن فى القبض، وقال: أسقط حقى فى الرجوع عن الإذن، لم يؤثر فى سقوط حقه، بل له أن يرجع أيضاً، لأن حقه من قبيل الحكم لا الحق القابل للإسقاط.

ص:١٩

قال فى الشرائع: وكذا (أى لا يصح الرهن) لو نطق بالعقد ثم جن أو أغمى عليه أو مات قبل القبض.

قال فى الجواهر: بناءً على اعتباره فى الصحه بلا خلاف أجده، لظهور ما دل على شرطيه الاختيار إلى تمام سبب الصحه.

أقول: بل مقتضى القاعده وقوعه مراعى، فإن عقد وقبض، أو قبض وارثه صح، إذ المتيقن من شرط القبض على تقدير هذا القول أنه شىء زائد على العقد، لا أنه من العقد، فحيث تم العقد لم يكن وجه للبطلان مطلقاً، إذ لا يلزم فوريه القبض حتى فى ما إذا لم يحدث أى ذلك.

فلو أجريا العقد وبعد يوم سلما، لم يكن وجه للبطلان بعد عرفيه ذلك، وعدم دليل من الشارع على بطلان مثله، فإذا قبض هو بعد صحته كان إطلاق دليل الرهن شاملاً له، ولو فعله وليه بعد جنونه، أو وارثه بعد موته _ حيث ما تركه الميت لوارثه _ كان مقتضى القاعده الصحه.

ومنه يعلم عدم المجال لأن يقال الأصل عدم الانعقاد إلاّ ما علم ولا علم فى المقام، إذ الإطلاق لا يدع مجالاً لهذا الأصل.

وبذلك يظهر حال ما إذا قلنا: إن القبض شرط فى اللزوم، لا فى الصحه، وأنه أولى بعدم البطلان، كما يظهر عدم الفرق بين موت الراهن أو المرتهن أو سقوطهما من القابليه بجنون ونحوه.

قال فى الجواهر: ولا يخفى عليك الحال بعد الإحاطه بما ذكرنا فيما لو كان الرهن مشترطاً فى عقد لازم، ثم عرض نحو الأمور الثلاثه بعد الرهن قبل الإقباض.

مسأله ۲ لو رهن ما غصبه المرتهن

(مسأله ۲): قال في الشرائع: وليس استدامه القبض شرطاً.

أقول: سواء قيل بالاشتراط في الصحه أو في اللزوم، بلا إشكال ولا خلاف.

وفي الجواهر: الإجماع بقسميه عليه، بل لعل المحكي منهما مستفيض أو متواتر.

أقول: أما على المختار، فليس حتى ابتداءً شرطاً، فلو عاد فيه الراهن أو تصرف فيه لم يخرج عن الرهانه، سواء كان على وجه مباح أو على وجه الإثم، كما إذا غصبه عن المرتهن، إذ لا وجه للبطلان بعد تحقق أركانه، وعدم دليل على البطلان بالرجوع.

وكان ما عن أبي حنيفه وأحمد ومالك من اشتراط الاستدامه كالابتداء، بل عن الأردبيلي أن ظاهر التذكره ذلك _ وإن أشكل في إراده العلامه ذلك الجواهر _ لاستحسان أنه إذا خرج عن القبض خرج عن كونه وثيقه، فهو من باب انتفاء الموضوع، بل ربما استدل له بالآيه، إذ بانتفاء المحمول ينتفي الموضوع في مثل المقام، مثل انتفاء التجاره بانتفاء (عن تراض).

لكن في دلاله الآيه نظر واضح، وفي الوجه المتقدم أنه استحسان، من قبيل أن يقال: إنه إذا سرق البائع المبيع بطل البيع وغيره، فما ذكروه هو مقتضى القاعده.

وكيف كان، فلو مات الراهن فورثه المرتهن بطل الرهن، إذ لا ـ اثنينيه في المقام، فلا يعقل دين الشخص على نفسه ورهنه عند نفسه.

نعم، لو كان أحد الورثه بطل بالنسبه إلى حصته، لأنه لا وجه لبطلان حصه الآخرين.

قال فی الشرائع: ولو رهن ما فی ید المرتهن لزم ولو کان غصباً، لتحقق القبض، انتهی.

إذ لا دلیل علی لزوم الابتداء بالقبض، فیکتفی بالمقارن والسابق، خصوصاً إن عله القبض واضحه، وهی أن یکون شیء بید المرتهن وثیقه دینه، وذلک یتحقق بالمقارن والسابق کتحققه بالمتأخر، من غیر فرق بین کونه بیده من السابق بعنوان الولایه أو الوکاله أو العاریه أو الودیعه أو الإجاره أو المزارعه أو المساقاه أو المهر أو عوض الخلع أو غیر ذلک، والقبض فی کل ذلک صحیح فلا محذور قطعاً.

أما إذا لم یکن القبض صحیحاً، کقبض الغاصب، والمستلم والمشتری فاسداً، والأخذ مهر بغاء أو رباً، أو بدل ربح قمار أو ما أشبه ذلک، فظاهر الشرائع حیث ذکر الغصب وغیره مثله من حیث بطلان القبض الکفایه، وهذا هو الذی فهمه المسالک من المحقق، حیث ذکر الغاصب والمستلم والمشتری فاسداً، قال: فقد أطلق المصنف والأکثر الاکتفاء به، لما تقدم من الدلیل، إذ یصدق علی الرهن أنه مقبوض، إلی آخر کلامه.

وفی مقابل هذا القول ما حکی عن المبسوط والخلاف من أنه إذا کان فی ید رجل مال ودیعه أو عاریه أو إجاره أو غصباً فجعله رهناً عنده بدین له کان الرهن صحیحاً، ویکون ذلک قبضاً إذا أذن له الراهن فی قبض غیر الرهن.

وقال الخلاف: وإذا لم یأذن لم یکن علی کونه قبضاً دلیل، ومثلهما محکی جامع الشرائع، کما فی مفتاح الکرامه، وفصل فی المسالک والروضه بین المغصوب وغیره، فاعتبر الإذن ومضی الزمان فی الأول دون الثانی.

أقول: مقتضى القاعده ما ذكره الشيخ فى كتابيه ومن تبعه، من الاحتياج إلى الإذن مطلقاً، إذ المنصرف من الأدله _ بناءً على اشتراط القبض فى الصحه أو الزوم _ القبض الصادر عن إذن المالك لأجل الرهن، وإلا صح للمرتهن أن يستولى بعد الرهن على الرهينه بدون إذنه، وهذا ما لا يقولون به، والسبب أن القبض حينئذ فاسد فهو كلا قبض، وعليه يكون القبض السابق الصحيح كلا قبض بالنسبه إلى الرهن، كما أنه كذلك لو أرهنه وبعد الرهن أقبضه أيضاً إياه بعنوان العاريه أو بعنوان السوم أو غيرهما.

والحاصل: إن المتبادر القبض الصحيح بعنوان الرهن.

ومنه يعلم وجه النظر فى عله المحقق الكفايه بالقبض الفاسد، وفى عله الجواهر إياها بعدم تناول دليل الشرطيه لمثل الفرض، ضروره ظهوره فى غير المقبوض، أما هو فيبقى على أصاله اللزوم فى العقد فيتحقق رهنه حينئذ.

ثم إن الجواهر: جمع بين كونه قبضاً مصححاً للرهن، وبين الضمان قائلًا: ولا تنافى بين رهنيته وضمانه بعد أن كان الضمان بسبب آخر غير الرهنيه كالتعدى فى المرهون، ولا يخفى مافيه، إذ لو كان قبضاً قرره الشارع، ولذا صح الرهن لم يكن ضمان، لأنه وديعه، ولا ضمان فيها كما فى العين المستأجره وغيرها، ولا مجال لتشبيه المقام بالتعدى فى المرهون، لأنه ثابت بالدليل، بخلاف المقام الذى تحول الضمان إلى عدمه، لأنه كان فى السابق بغصب العين، والآن خرجت عن الغصب، فحاله حال ما إذا استأجر العين التى غصبها، حيث تخرج عن الغصبيه، وإن ضمن ما لو تعدى فيها.

وعلى أى حال، فلا إشكال فى ارتفاع الضمان بالإذن من الراهن فى استدامه القبض للرهن، وإن قلنا بالضمان بدون الإذن، ووافق فى دفع الضمان بالإذن

الجواهر، ونقله عن جماعه، بل عن حواشی الشهید نفی الخلاف عنه، لانتقاض الحال الأول، فلا یمکن أن یقال: إنه لما غصب ضمن، والضمان فی الغصب لا یرتفع إلّا بالأداء، لقوله (صلی الله علیه وآله): «علی الید أخذت حتی تؤدی»((1))، والأذن لیس أداءً، فسبب الضمان باق.

إذ المراد بالأداء أعم من ذلک قطعاً، ولذا لو وهبه أو آجره أو أعاره أو جعله عنده ودیعه أو ما أشبه سقط الضمان، لعموم أدله سقوط الضمان بالأمور المذکوره، مما لا یدع مجالاً لاستصحاب الضمان.

ومنه یعلم وجه النظر فیما حکی عن القواعد وجامع الشرائع والإیضاح وحواشی الشهید وغایه المرام وجامع المقاصد، من أنه لو صرح المالک بإسقاط الضمان الذی هو مقتضی السبب الأول لم یسقط، وعلل بأن الضمان أثر شرعی، والإسقاط کالإبراء إنما یجدی فی الحق الثابت فی الذمه، ولیس فی المقام حق ثابت فی الذمه، فالمراد بالضمان هنا أنه لو تلفت العین ضمن المثل أو القیمه، ولا معنی لإسقاطه قبل حصوله.

إذ لیس ذلک حکماً بل حقاً، والحق قابل للإسقاط، لأنه یرتبط بصاحب الحق، وهل یشک فی أنه إذا أعطاه ودیعه وقال إنه حتی مع التعدی لیس بضامن، أو أعطاه ذهباً عاریه وقال بمثل ذلک کان اللازم عدم الضمان، واحتمال إطلاق دلیل الضمان یرفعه انصراف الدلیل، إلی غیر ذلک.

وإسقاط ما لم یجب بعد التهیؤ إسقاط لما وجب، فلا یقال إنه محال، لأنه من السالبه بانتفاء الموضوع، فهو مثل إسقاط الزوجه نفقتها قبل وصول نهار

۱- مستدرک الوسائل: باب ۱ من کتاب الودیعه ح۱۲

النفقه، إلى غيره من الأمثله التى لا ينبغى الشك فى حق ذى الحق فى الإسقاط وأنه يسقط به.

ومنه يعلم أن سبب عدم الضمان ليس أصاله البراءه، وإن ذكره الجواهر، إذ لو كان الأصل كان الاستصحاب مقدماً عليه، بل عدم شمول الضمان له.

وبذلك ظهر أنه لا فرق بين أقسام الأمور المضمونه، كالمغصوب والعاريه المضمونه والقبوض بالسوم أو الشراء الفاسد والوديعه المتعدى فيها والإجاره والمضاربه والمساقاه والمزارعه التى سبب التعدى ضمان العين فيها، إلى غير ذلك.

وعليه فلا وجه ظاهر لتفصيل المسالك بين المغصوب وغيره، فاعتبر الإذن ومضى الزمان فى الأول دون الثانى.

وقد خالف فى اشتراط مضى الزمان القواعد، قال: ولو كان فى يد المرتهن لم يفتقر إلى تجديد قبض، ولا مضى زمان يمكن فيه.

وعن جامع المقاصد: ربما قيل باشتراط مضى الزمان.

وفى مفتاح الكرامه: ونحن لم نظفر باشتراط مضى الزمان إلاّ للشافعى.

وكيف كان، فوجه شرط مضى الزمان على ما ذكره المفتاح وتبعه الجواهر مع زياده: إن الإذن فى القبض يستدعى تحصيله، ومن ضرورياته مضى زمان، فهو دال على القبض الفعلى بالمطابقه، وعلى الزمان بالالتزام، ولما لزم من القبض الفعلى تحصيل الحاصل أو اجتماع الأمثال المحالان حمل اللفظ على المعنى الالتزامى لتعذر المطابقى.

لكن فيه: إن الزمان تابع للقبض، وقد عرفت أن القبض المقارن كاف، فلا معنى لاعتبار مضى الزمان، وقول الجواهر: لا يعقل اعتباره مع حصول

ذی المقدمه، أراد به عدم المعقولیه حسب ظاهر الدلیل، لا عدم المعقولیه من قبیل اجتماع النقیضین.

قال فی الشرائع: ولو رهن ما هو غائب لم یصر رهناً حتی یحضر المرتهن أو القائم مقامه عند الرهن ویقبضه.

أقول: وذلک علی أصله من أنه لا یحصل الرهن إلّا بالقبض، وکذا قال من شرط القبض فی اللزوم بالنسبه إلی اللزوم.

قال فی الجواهر: بلا خلاف أجده فیه، بل فی جامع المقاصد نسبته إلی نص الأصحاب وغیرهم، انتهی.

لکنک حیث عرفت عدم الاشتراط، لا فی الصحه ولا فی اللزوم، یحصل الرهن لازماً، کما فی البیع والإجاره وغیرهما بدون القبض.

أما عند المشترط فاللازم أن یقید الاشتراط فی المقام بما إذا لم یکن مقبوضاً للمرتهن سابقاً، ولو غصباً، وإلا کفی وإن کان غائباً، إذ لا دلیل خاص فی المسأله، فهذا الفرع والفرع السابق من واد واحد.

أما من لا یری أنه قبض، فاللازم أن یوکله فی قبضه أو یأذن له فی ذلک.

أما قول الجواهر: اللهم إلاّ أن یمنع صحه الوکاله فیما هو فی حکم القبض، فلم یعرف وجهه، إذ إطلاق أدله الوکاله شامل للمقام، ولا مخرج له.

مسأله ۳ لو أقر الراهن بالإقباض

(مسأله ۳): قـال فی الشـرائع: ولو أقر الراهن بالإقباض قضـی علیه إذا لم یعلم کـذبه، ولو رجع لم یقبل رجوعه، وتسـمع دعواه لو ادعی المواطاه علی الإشهاد، ویتوجه الیمین علی المرتهن علی الأشبه.

أقول: إنمـا ینکر أنه قبضه لأنـه یریـد إبطـال الرهانه، حیث یشترط فی صـحته الإقباض، ویأتی عکسه علی المختار من أن القبض لیس شـرطاً فی الصـحه أو اللزوم، فإذا أقر المرتهن بأنه قبضه ثم أنکر لم یقبل قوله، لأنه من الإنکار بعـد الاقرار، ومقتضـی النص والإجماع علی قبوله.

قال (علیه السلام): «إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز»([۱]).

أما حـدیث: إن علیاً (علیه السـلام) ما کان یأخذ بأول الکلام حتی یأتی بآخره([۲]). فالمراد به مثل الاسـتثناء والوصف وما أشبه، لاـ الإنکار بلا إشـکال، فهو من قبیل القاعـده التی ذکروها فی البلاغه من أن للمتکلم أن یلحق بالکلام ما شاء ما دام متشاغلاً به، ولا یبعد أن یرید الشـیخ فی المبسوط والعلامه فی التذکره بقبول الإنکار هو صدق ادعاء المواطاه، کما فی الفرع الثانی للمحقق، فإنه هو الذی نقل عنهما فی باب الإقرار، لا الإنکار الاعتباطی، فقول الجواهر: إنه اجتهاد فی مقابله النص، غیر ظاهر الوجه.

وکیف کـان، فقـد ینکر ما أقره، وهـذا لا یسـمع إذا اجتمع فی الإقرار شـروطه، لإطلاق إقرار العقلاء وغیره مما ذکر فی کتابه فی غیر ما استثنی، حیث لا ینفع

۱- وسائل الشیعه: ج۱۶ ص۱۱۱ الباب۳ من کتاب الإقرار ح۲، ومستدرک الوسائل: ج۳ ص۴۸ الباب۲ من کتاب الإقرار ح۱

۲- انظر وسائل الشیعه: ج۱۸ ص۱۵۸ الباب۴ ح۳

الإقرار مره ونحوها فى مثل الزنا، وقـد يعترف بأنه أقر ولكن يـدعى الإكراه أو الاضـطرار أو المواطاه، فإن أثبت فهو، وإلا كان له على الطرف الحلف، وذلـك لأ ـنه ادعـاء ممكن، بـل وكثير الوقوع هنـا وفى غيره، فإطلاـق «البينه على المـدعى واليمين على من أنكر» يشمله.

ومنه يعرف الحـال فيما إذا ادعى الغلط فى إقراره، أو أظهر تأويلًا ممكناً، كأن قال: إنى أقبضـته بالقبول فظننت الاكتفاء به، حيث يمكن فى حقه توهم ذلـك، أو قـال: اسـتندت فيه إلى مـا كتبه وكيلى فظهر مزوراً، أو نحو ذلـك ـ كمـا فى الجواهر ـ فإن فى الكل إن أثبت كفى، وإلا حق له حلف الطرف، وكأنه لذا حكى عن المبسوط والتذكره والدروس والروضه والمسالك السـماع، وهذا هو مقتضى القاعده فى كل مورد أمكنه إثبات عدم صحه إقراره، سواء فى حق الناس أو الله أو الحق المشترك.

أمـا إذا لم يمكنه إثباته، فإن كان حق الناس كان له حق الحلف على الطرف، وإن لم يمكن بقى الإقرار وسـقط التوجيه، كما إذا أقر لميت ثم وجّه إقراره. وإن كان حق الله لم ينفع توجيهه، كما إذا أقر أن ما سـكنه مسجد ثم وجه إقراره. وإن كان الحقان مثل السـرقه، ثبت حق الله مطلقاً، وحق الناس على ما تقدم، ولا تلازم بين الحقّين شـرعاً، وإن كان بينهما عقلا، كما ذكرناه فى كتاب الحدود.

ثم إنه قد يقر وقد يشهد الشاهدان بإقراره، وهذان محكم بحكم واحد على ما تقدم، إذ الشاهد إنما يثبت الإقرار لا أكثر.

أما إذا شهد الشاهدان وفق الإقرار أو بدون الإقرار، فلا ينفع الإنكار بعد ذلك.

قال فی الشرائع: ولا یجوز تسلیم المتاع إلّا برضی الشریک، سواء کان مما ینقل أو لا ینقل.

أقول: إذا کان شریکان فی شیء رهن أحدهما حصته لم یجز له أن یسلم المشترک، لأنه مشترک بینهما، فلا یجوز له أن یتصرف فی حق الشریک بالتسلیم للمرتهن بدون إجازته.

نعم إذا عاند الشریک کان له مراجعه الحاکم، فالحاکم یخیر الشریک بین الإذن وبین فصل الشرکه لیستقل کل بحصته، علی ما ذکر فی باب القسمه فی کتاب الشرکه، فإن لم یفعل أیهما کان للحاکم إجازه الراهن بالتسلیم لدلیل «لا ضرر» وغیره، هذا فیما کان قبضه بالتسلیم کما فی المنقولات.

أما إذا کان قبضه بالتخلیه، کما فی غیر المنقول، فهل الحکم کذلک، أی یحتاج إلی إذن الشریک أیضاً، کما اختاره الشرائع، وحکی عن التحریر، وظاهر القواعد، وعن الدروس واللمعه، لعدم تحقق التخلیه التی یصدق القبض معها بدونه، ضروره أنه سلطنه عرفیه زائده علی السلطنه الشرعیه المتحققه بالعقد فی نحو البیع، وکونه کالمالک لا یحقق القبض، إذ یمکن منعه أیضاً بالنسبه إلیه لتوقف دخوله ونحوه من المتصرفات علی إذن الشریک فلیس مقبوضاً له، والتخلیه التی یتحقق معها القبض هی ما یحصل بها السلطنه علی القبض الفعلی، فمع فرض المانع عنه کما فی المقام ولو شرعیاً، لم تحصل السلطنه المزبوره، کذا فی الجواهر. أو لا، کما عن محکی المبسوط، حیث لم یفرق بین المنقول وغیر المنقول، فلم یقل باحتیاج غیر المنقول إلی إذن الشریک، ووافقه المسالک قائلاً: لأن الفرض مجرد رفع ید الراهن، ویتمکن المرتهن من قبضه، وهو لا یستدعی تصرفاً

فی ملک الغیر، وقد تقدم فی البیع أیضاً، انتهی، احتمالان.

أقول: ماذکره المانعون أجود، لأن دلیل المسالک لا یکفی فی رد دلیلهم.

ومنه یعلم أنه لو جعل المرتهن الراهن وکیلاً فی القبض من قبله لم یحتج إلی الرضی من الشریک، إذ لیس تصرفه متوقفاً علی إذن الشریک.

ثم فیما یمنع بدون إذن الشریک إذا سلمه بدون إذنه فأذن کفی، کما تقدم مثله فی رهن المغصوب، وکذلک إذا مات الشریک المحتاج إلی إذنه وورثه المرتهن، لانتفاء الاحتیاج إلی الإذن، ومثله إذا رهن الراهن حصته إلی شریکه، فإنه یسلمه بدون محذور.

أما إذا سلمه بدون إذن الشریک عدواناً، ففی القواعد: فی الاکتفاء به نظر، أقربه ذلک، وإن تعدی فی غیر الرهن، ووافقه علیه ولده وثانی المحققین والشهیدین وغیرهم، کما فی مفتاح الکرامه.

وعللوه بأن النهی إنما هو لحق الشریک خاصه، إذ الفرض حصول الإذن من قبل الراهن الذی هو المعتبر شرعاً، وکونه قبضاً واحداً لا ـ ینافی الحکم بالوقوع لاختلاف الجهه، کذا فی المسالک،ـ وأشکل علیه الجواهر بمنافاته لما حکی من کلامهم فی باب الهبه من التصریح بعدم الاکتفاء للنهی المانع، کما لو وقع بدون إذن الراهن، أی أنه قبض فاسد، فهو کلا قبض، ولا یبعد ذلک، حیث إن القبض الصحیح المشروع هو التصرف من أمر الشارع، فإذا لم یکن کذلک کان کلا قبض، فتأمل.

قال فی المسالک: ولو اتفقا علی جعل الشریک وکیلاً فی القبض جاز، فیعتبر سماع الشریک إذن الراهن فی قبضه للرهن، وإذن المرتهن فیه، وإن لم یأذن الراهن المرتهن فی توکیل الشریک، ووافقه الجوهر حاکیاً له عن جامع المقاصد، نعم استثنی ما لو شرط علیه القبض بنفسه، فإنه لم یکف.

أقول: لكن عـدم الكفايه إذا لم يرفع يـده من شـرطه، نعم لو كان قيـداً لم يتمكن من رفع يـده، لأن المقيـد عـدم عند عدم قيده، بخلاف المشروط حيث إنه التزام فى التزام.

ولو شك فى إذن الشـريک فى الإقباض وعـدمه وأقبض، حمل فعله على الصـحيح، وإن علم بعدم إذنه سابقاً، لأن أصل الصـحه محكم على الاستصحاب.

ولو اختلف الشريكان، فقال الشريک: لم آذن، وقال الراهن: أذنت، كان على الراهن البينه، فإن لم تكن أحلف الشريک، فإن لم يحلف صح الإقباض إلاّ على القول بالاحتياج إلى يمين المدعى بعد نكول المنكر، حيث يلزم على الراهن الحلف مكان البينه.

ولو قال الراهن: أذن الشريک فلى حق الإقباض، وقال المرتهن: لم يأذن، كان على الراهن البينه، فإن لم تكن حلف المرتهن، فإن لم يحلف حكمنا بنكوله أو بعد حلف الراهن على الاختلاف.

ص:٣١

مسأله ۴ من شرائط صحه الرهن

(مسأله ۴): ذكر الشرائع فی شرائط المرهون: أن يكون عيناً مملوكاً يمكن قبضه ويصح بيعه، سواء كان مشاعاً أو منفرداً، فلو رهن ديناً لم ينعقد.

أقول: هذا هو المشهور بينهم، لكن فی المسالك: إن ما ذكره المصنف بناءً منه على اشتراط القبض، والدين لا يمكن قبضه، لأنه أمر كلی لا وجود له فی الخارج، مع احتمال جوازه قبضه على هذا القول، كهبه ما فی الذمم، ويجبر بقبض ما يعينه المديون، ولو لم يشترط القبض فالمتجه جواز رهن الدين لوجود المقتضی، فإنه مال مملوك إلى آخر ما يثبت اعتباره، انتهى.

وهذا هو المحكی عن مجمع البرهان، ومحتمل الدروس والروضه، كما هو ظاهر الجواهر أيضاً.

أما وجه عدم الصحه، لانصراف الآيه إلى العين، أو لإشعار عبارتی السرائر والغنيه الإجماع عليه، أو ظهور الأدله ولو بمعونه الشهره فی اعتبار العينيه، أو للشك فی الصحه والأصل عدمها، أو نحو ذلك من الوجوه، فغير ظاهر الوجه.

وحيث إنه يصح القبض فی الدين، إما لكون الدين على المرتهن نفسه فيجعله رهناً، أو لأنه يقبضه بعد الرهن بنفسه أو وكيله، فما عن التذكره من بناء المنع فی رهن الدين على شرطيه القبض محل منع.

كما أن ما فی الجواهر قائلاً:

قد يحتمل كون المراد من الدين فی كلام المصنف وغيره خصوص المؤجل منه الذی لا يستحق الديان قبضه، لاشتراط القبض فعلاً فی الرهن، والمؤجل ليس كذلك، والانتظار إلى حلول الأجل لا يجدی فی شرط صحه الرهن، لا ما إذا رضی المديون بتعجيل الحق، انتهى.

يرد عليه أولاً: إن الظاهر كون المحقق كالمشهور يشترط عدم الدين مطلقاً، وكذا فهم المسالك وغيره منه ذلك.

وثانياً: لا تلازم كما ذكرنا فى مثل ما إذا كان الدين على المرتهن، إلى غير ذلك.

وكأنه لـذا رده بنفسه: بأنك قـد عرفت عدم الدليل على الشـرطيه المزبوره على وجه لا يكفى فيها اسـتحقاق القبض المتأخر عند حلول الأجل.

ومما تقـدم فى الدين يعلم وجه النظر فى قول الشـرائع: وكذا لو أرهنه منفعه كسـكنى الدار وخدمه العبد. وإن علله فى المسالك بـأن المطلوب بـالرهن وهو التوثق على المـال لاـ يحصـل بهـا لأنهـا تسـتوفى شـيئاً فشـيئاً، وكل ما حصل منها شـىء عـدم ما قبله، والمطلوب من الرهن أنه متى تعذر استيفاء الدين استوفى من الرهن.

وعلله آخرون بـأن المنفعه غير قابله للقبض، مع أن القبض شـرط فى الصـحه أو اللزوم. وبالإجماع المـدعى، وبأن ظاهر النصوص لزوم كون الرهن عيناً فلا يشمل الدليل المنفعه، وجعل فى الجواهر العمده فى المسأله الإجماع.

أقول: وحيث لا إجماع قطعى لقرب احتمال الاسـتناد، ورهن المنفعه عقلائى لحصول الاستيثاق، ولا دليل على أن الشارع اسـتثنى المنفعه، كان مقتضى الصناعه الصحه.

أمـا مـا ذكر من الأدله فلا يخفى ضـعفها، ولـذا كان المحكى عن حاشـيه الروضه أنه قال: إن استيفاء الـدين من عين الرهن ليس بشـرط، بل منه أو عوضه ولو ببيعه قبل الاستيفاء، كما لو رهن ما يتسارع إليه الفساد قبله، وقريب منه القبض لإمكانه بتسليم العين ليستوفى منها المنفعه، ويكون عوضها رهناً، إلى آخر كلامه.

ويؤيد ذلك الروايات الوارده فى خدمه المدبر، فقد ورد عن على (عليه السلام):

«إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) باع خدمه المدبر، ولم يبع رقبته»((1)).

وخبر أبی مریم، سأل أبا عبد الله (علیه السلام) عن الرجل یعتق جاریه عن دبر، أیطأها إن شاء، أو ینکحها، أو یبیع خدمتها مده حیاته، فقال: «نعم، أی ذلک شاء فعل»((2)).

وخبر علی، سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رجل أعتق جاریه له عن دبر فی حیاته، قال: «إن أراد بیعها باع خدمتها فی حیاته، فإذا مات أعتقت الجاریه، وإن ولدت أولاداً فهم بمنزلتها»((3)).

وخبر أبی بصیر، سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن العبد والأمه یعتقان عن دبر، فقال: «لمولاه أن یکاتبه إن شاء، ولیس له أن یبیعه إلّا أن یشاء العبد أن یبیعه قدر حیاته، وله أن یأخذ ماله إن کان له مال»((4))، فان الظاهر إراده بیع منفعته.

وکیف کان، فمقتضی القاعده ما ذکرنا، إلّا إذا أرید الاحتیاط الذی هو سبیل النجاه.

وعلی ما ذکرناه، فلا إشکال فی رهن شیء لا یبقی إذا أمکن تبدیله، أو رهن شیء یبقی لکن اتفق أن أسرع إلیه الفساد، کما إذا رهن حیواناً فمرض مما یخشی موته، حیث یبدل بمثله، بل ورهن المریض الذی یخشی علیه إذا أمکن تبدیله، إلی غیر ذلک.

وبعد رهن أمثال هذه الأمور لیس بحیث یوجب الانصراف الذی لا یؤخذ معه بالإطلاق، وقد ذکرنا فی کتاب البیع صحه

1- الوسائل: ج16 ص74 الباب3 من أبواب التدبیر ح4

2- الوسائل: ج16 ص74 الباب3 من أبواب التدبیر ح1

3- المصدر نفسه: ح2

4- المصدر نفسه: ح3

بیع المنفعه، وإن قال المشهور بالعدم، کما فی المکاسب للشیخ (رحمه الله) والجواهر وغیرهما.

ولـذا قـال الأخیر: بنـاءً علی أن مـا جاز بیعه جاز رهنه لا مناص عن العمل بهـذه الروایات إن لم یکن المراد منها غیر ذلک، إلی آخر کلامه.

ثم إنه قـد تقـدم فی کلاـم الشـرائع اشتراط أن یکون المرهون مملوکـاً، وذلـک فی قبـال مـا لیس یملـک کالخمر غیر المحترمه للمسـلم، وذلک لوضوح عدم کونه وثیقه، حیث لا یمکن استیفاء الدین منه، أو یملک لکن لیس للراهن ولم یجزه المالک، لأنه أیضاً لیس وثیقه.

وفی الجواهر: لا أجد خلافاً فی اشتراط کونه مما یملک، ولا خلافاً فی اشتراط کونه مملوکاً للراهن أو مأذوناً فیه.

أقـول: لکن یمکن أن یقـال بصـحه رهن الحق، وإن لم یکن مملوکـاً، کحق التحجیر عنـدهم، إذ لاـ دلیـل علی العـدم بعـد کونه عقلائیاً وهو وثیقه، وسیأتی بقیه الکلام فی هذه المسائل.

وفی مسأله عنوان الشرائع: (یمکن قبضه ویصح بیعه) قال: ولو رهن ما لا یملک لم یمض ووقف علی إجازه المالک.

أقول: لانصـراف الأدله عنه، فـإن النـاس لیسوا مسـلطین إلاّ علی أموالهم أو أموال یتولون شـأنه، فإذا لم یکن المرهون أحـدهما وکان قابلًا للرهن توقف علی إجازه من بیده الإجازه، وهذا هو المشـهور بین من تعرض له، فإشکال بعضهم فی جریان الفضولیه فیه وإن جرت فی البیع ونحوه، لا وجه له.

قـال فی الجواهر: فهو وإن لم یکن علی قیـاس الفضولی، فحکمه حکمه، بلاـ خلاـف أجـده بین من تعرض له، قـال: بـل لا یبعد صحه رهن التبرع کالوفاء والضمان

فلو رهن مال نفسه على دين رجل آخر من غير إذنه، بل مع نهيه صح، كما نص عليه فى التذكره، لإطلاق الأدله.

أقول: فإذا رهن ماله تبرعاً وباع المرتهن ماله، لم يحق له الرجوع إلى المديون، لأنه حصل بدون إذنه، أما إذا رهنه بإذنه حق له الرجوع عليه، لاحترام أموال الناس، كاحترام أعمالهم.

ويصح للولى رهن عمل الطفل الجائز عمله، فيستدين مائه فى قبال عمل مائه يوم للطفل فيما كان عمله كل يوم واحداً، فإذا لم يود الولى حق له استعمال الطفل لاستنقاذ حقه، وقد تقدم الاستدلال لذلك بأنه عمل عقلائى لم يمنع عنه الشارع، بل وكذا فى قبال عمل نفسه، وإن كان الفرعان بحاجه إلى التأمل.

قال فى الجواهر: ولو رهنه متبرعاً فى أصل الرهينه، لكن قصده مع ذلك الرجوع على المديون لو بيع بالدين، فإن أجاز الديان ذلك احتمل الإلزام به، وإلا كان رهناً، ولا رجوع له عليه، ولعل منه يجرى فى وفاء الدين.

ثم لو رهن عيناً فارتفعت قيمتها أو انخفضت، للتضخم أو التنزل، أو لسمن الدابه أو هزالها، أو ما أشبه ذلك، لم يكن لأحدهما رجوع للأصل، فلا حق للمالك الراهن أن يرجع على بعضها، كما لا حق للمرتهن أن يطلب رهينه أخرى عند التنزل.

نعم، لا يبعد أن يكون للمرتهن الحق عند سقوط القيمه، كما إذا كانت ورقه نقديه فسقطت قيمتها، إذ الظاهر صحه رهنها، لإطلاق الأدله.

أما إذا تبدلت قيمتها من الاعتباريه إلى الأثر، كما يتفق مثل ذلك عند سقوط الدوله، فلا حق للمرتهن فى التبديل، إذ المفروض بقاء القيمه وإن اختلف الاعتبار، والله سبحانه العالم.

مسأله ۵ لو رهن ما یملک وما لا یملک

(مسأله ۵): لو رهن ما یملک وما لا یملک، صح فیما یملک وبطل فیما لا یملک، وکان للمرتهن إذا لم یعلم خیار الفسخ لتبعض الصفقه.

وکذا إذا رهن متاعین یملکان وسلم أحدهما دون الآخر، کان له الخیار، وإن لم نقل باشتراط القبض إذا لم یمکنه إجباره، وإلا حق له الإجبار إن لم نقل بالجواز بدون القبض، وإلا لم یکن له ذلک، کما فی کل معامله جائزه.

ثم إن عدم التسلیم قد یکون تمرداً من الراهن، وقد یکون لتلف المتاع، ففی التلف لا یأتی الإجبار، ورهن ما لا یملک لا فرق فیه بین عدم المالیه کالحشرات التی لا فائده لها فلا تباع، وعدم صحه البیع کالمسجد ونحوه.

ولو رهن ما یملک وما لا یملک، مضی فی ملکه ووقف فی حصه شریکه أو مالک الثانی، فإن أجاز صح وإلا بطل بالنسبه إلی ملک الآخر، وکان للمرتهن خیار تبعض الصفقه.

لکن ذلک إذا لم یکن عقدا رهن فی صیغه واحده، کعقدی النکاح فی صیغه واحده، وإلا لم یسر بطلان أحدهما إلی الآخر، کما ذکرنا تفصیله فی بعض مباحث (الفقه).

ثم إنه لا فرق فی رهن المشترک بین المشاع والکلی فی المعین الشامل لحصه المالک الآخر، وإلا فلیس کذلک، کما إذا رهن عشرین صاعاً من صبره فیها ثلاثون صاعاً وعشره منها لغیره، فإن مثله لا یتوقف علی إجازه الشریک.

ثم إذا کان المرهون مشاعاً أو کلیاً فی المعین، ولم یعلم المرتهن بذلک، فهل له خیار الفسخ باعتبار الشرکه، الظاهر لا، لإطلاق الأدله إلاّـ إذا کانت الشرکه عیباً عرفاً، حیث فیها المشاکل، ولو مشاکل البیع عند إرادته، مثل رهن الدور فی البلاد التی یمنع القانون بیع نصفها مثلاً، فإنه إذا رهنه نصف الدار فظهر له شریک فی النصف الآخر، فحیث لا یقدر علی بیع الکل لعدم حق

المرتهن فى مال الشريك، ولا البعض لعدم سماح القانون بذلك، كان ذلك عيباً موجباً لخيار الفسخ.

أما إذا رهنه النصف وكلها للراهن حق له البيع، لأن إقدام الراهن بالرهن الذى معناه حق المرتهن فى بيع الرهن سلبه استيلاءه على نصف الراهن أيضاً.

وهل يصح رهن بعض الحيوان مثل رأسه، لا يبعد الصحه، إذا كان بيع مثله متعارفاً، كما فى بلاد تباع رؤوس الحيوانات لطباخى الرأس، وكذلك رهن عظامه، إلى غير ذلك، فإن المعامله إذا كانت عقلائيه بخلاف ما إذا لم تكن عقلائيه فى عرف، شملته الأدله، كشمول أدله الربا للمكيل من شيء فى عرف وإن لم تشمله إذا كان معدوداً فى عرف آخر.

قال فى الجواهر: رهن المشاع لا إشكال فيه عندنا ولا خلاف، وظاهر الدروس الإجماع عليه، وعن صريح الغنيه ذلك، وفى التذكره يصح رهن المشاع سواء كان رهن من شريكه أو من غير شريكه، وسواء كان ذلك مما يقبل القسمه أو لا يقبلها، وسواء كان الباقى للراهن أو لغيره، مثل أن يرهن نصف داره، أو نصف عبده، أو حصته من الدار المشتركه بينه وبين غيره، عند علمائنا أجمع، وهذا هو الظاهر من الشرائع حيث قال: لو رهن ما يملك وما لا يملك مضى فى ملكه ووقف فى حصه شريكه على إجازته، فإن ظاهره صحه رهن المشاع، وإلا لم يطلق صحه رهن قدر حقه.

ثم قال: ولو رهن المسلم خمراً لم يصح، ولو كان عند ذمى، ولو رهنها الذمى عند المسلم لم يصح أيضاً، ولو وضعها على يد ذمى على الأشبه.

أقول: لا ينبغى الإشكال فى صحه رهن الخمر المحترمه التى هى فى طريقها إلى التخليل، بل والخنزير النافع للكراب، وما يذبح لشعره حبلاً أو جلده

استقاءً.

كما لاـ ينبغى الإشكال فى رهن كافرين كتابياً وغير كتابى لهما إذا أجازه دينهم لقاعده الإلزام، وإذا رجعا إلى حكام الإسلام عمل حسب دينهم على تفصيل ذكرناه فى كتاب القضاء وغيره.

أما فى الخمر غير المحترمه والخنزير الذى لا يستفاد منه إلاّ فى المحرم، فإن كان بين مسلمين لم يصح رهنه، بل المشهور عدم الصحه مطلقاً.

وفى الجواهر عند قول المحقق المتقدم: بلا خلاف أجده فيه لعدم ملكيه الراهن لها، وعدم سلطنته على بيعها ووفاء دينه منها، وهو شامل لما إذا كانا مسلمين أو كان عند ذمى، كما صرح به المحقق.

نعم، ينبغى أن يستثنى المسلم الذى يبيح قسماً من الخمر، مثل النبيذ عند العامه، حيث إن مقتضى القاعده الصحه وإلزامهم بذلك إذا كان طرفا الرهن منهم، أما إذا كان أحد الطرفين كافراً فأوضح.

نعم إذا كان أحد الطرفين مسلماً محرماً للنبيذ مثلاً، فيأتى فيه الكلام الذى يقال فى الخمر والخنزير إذا كان أحد الطرفين ذمياً والآخر مسلماً محرّماً.

ولاـ يخفى أن قولهم: (الذمى) من باب المثال، إذ الكافر المحايد فى بلاده، والكافر المعاهد مما لا يسمى بالذمى، والكافر الحربى الذى يترافع إلى قاضى مسلم ولو كان المسلم تحت سيطره الكافر كما فى بلاد فلسطين فى الحال الحاضر، كلهم مثل الذمى فى الحكم، لوحده الدليل فى الجميع.

وكيف كان، ففى رهن الذمى الخمر والخنزير عند المسلم قولان، المشهور على العدم، والشيخ فى خلافه ومبسوطه على الصحه، قال: إذا استقرض ذمى من مسلم مالاً ورهن بذلك خمراً يكون على يد ذمى آخر يبيعها عند محل الحق فباعها وأتى بثمنها جاز له أخذه ولا يجبر عليه.

أقول: المشهور الذين قالوا بعدم الصحه استدلوا بعدم صحه تعلق حق المسلم فى الخمر، فكما لا يصح أن يرهن الذمى الخمر عند المسلم، كذلك لا يصح أن يرهنها لقرض مسلم عند ذمى آخر.

ويمكن أن يستدل للشيخ بقاعده إلزامهم بما التزموا به، وأنهم يقرون على دينهم، فإذا أودع كافر عند المسلم خمره أو خنزيره لم يكن بذلك بأس، وكذلك إذا استعار المسلم خنزير الكافر لكرب أو حمل عليه، فهو مثل ما إذا استودع المجوسى أخته وهى زوجته عند مسلم لحفظها أن تتزوج، أو قال لمسلم: اقرأ صيغه نكاحها لى، أو قالا لمسلم: اقرأ صيغه البيع لخمر أو خنزير أو ما أشبه ذلك، حيث إن إقرارهم معناه كل ذلك، وأى فرق بين أن يسلمه ثمن خمر باعها، أو المخالف ما أخذه تعصيباً لمن يطلبه منه، أو يرهن ما أخذه تعصيباً لديه وبين المقام، بل ظاهر «لحكمتُ بين أهل التوراه بتوراتهم» إلخ أن الحكم بينهم بالدين المنسوخ جائز، فتأمل.

نعم، يلزم أن لا يكون مما خرج قطعاً، فلا يصح أن يشترى المسلم منه الخمر، لأنها لا تملك للمسلم، ولا يصح للمسلم أن يتزوج بأخته الرضاعيه والنسبيه إذا كانت مجوسيه، بحجه أنه جائز عند الأخت، وإن جاز له أن يتزوج بالمرأه التى طلقها زوجها المخالف بدون شهود وشرائط.

فليس ما ذكره الشيخ بذلك البعيد، بل عليه يصح أن يرهن الخمر والخنزير عند نفس المسلم لأنهما مال عند أهل الذمه، فإذا لم يعط الدين باعها منهم، كما يبيع المذكى والميته ممن يستحل، وقد كان يفتى بعض علماء العصر بصحه بيع السمك المحرم ممن يستحل، وإنما لا يصح أن يبيع المسلم الخمر والخنزير لهم لخصوصيه فى الخمر والخنزير مستفاده من الأدله عند المتشرعه، لكنى لم أجد جواز رهنهما عنده من أحد، كما أن صحه ما ذكره الشيخ أيضاً محل مناقشه، بل فى الجواهر أن خلافه غير

متحقق، وعلى تقديره فلا ـ ريب فى ضعفه، لعدم صحه تعلق حق المسلم فى الخمر المنهى عن قربها على وجه يسلط هو أو الحاكم على بيعها والاستيفاء منها، بل لعله كذلك فيما لو مات الذمى المديون لمسلم أو فلس، ولم يكن عنده إلاّ خمر أو خنزير، ولا ـ ينافى ذلك جواز أخذ ثمنها لو باعها، إذ ليس هو تعلق بها، ولذلك ليس له جبره على بيعها ولا اشتراط ذلك فى عقد لازم، بل ليس له أن يأمره بذلك.

ص:۴۱

مسأله ۶ رهن أرض الخراج

(مسأله ۶): قال فی الشرائع: ولو رهن أرض الخراج لم یصح، لأنها لم تتعین لواحد، نعم یصح رهن ما بها من أبنیه وآلات وشجر.

أقول: أرض الخراج هی التی فتحت عنوه، أو صولح أهلها علی أن تکون ملکاً للمسلمین، وضرب علیهم الخراج.

ویمکن إضافه ما وهبها الکافر للمسلمین وسلّمها إلی ولیهم، إذ هی فی الحکم کذلک.

أما عدم صحه الرهن فلأنه لا یمکن بیعها إذا لم یسلم المقترض المال، نعم إذا قلنا بصحه بیع المنافع صح رهن منافعها، لعدم المحذور.

وأما صحه رهن ما بها من أبنیه وآلات وشجر فلأنها مملوکه، فینطبق الرهن علیها بلا محذور.

أما احتمال عدم صحه رهنها إذا کانت الأبنیه معموله من ترابها، لأن حکم ترابها حکم نفسها، لأنه جزء منها، کما قیده به جماعه، فلا یخفی ما فیه، حیث إن الأدله المانعه لا تشمل مثل التراب والماء، ولذا یصح رهن مائها أیضاً، بل ومعدنها إذا صار مملوکاً بالاستخراج، لأن المعدن من المنافع الممکن بیعه، فلا یشمله دلیل منع رهنها.

أما جواب الجواهر عن أولئک الجماعه بدعوی کون السیره فی الآجر والأوانی وغیرها علی خلاف ذلک، فهو وإن تم إلّا أنه یصلح مؤیداً، والدلیل ما ذکرناه من عدم شمول الأدله.

وکیف کان، فإن لم نر محذوراً فی رهن أسماک النهر والبحیره ونحوهما، کما إذا کان فیه ألوف الأطنان منها فرهن مائه طن مثلاً فی قبال ما اقترض، حیث یشمله الرهن العقلائی، والشارع لم یردع عنه، والانصراف لو کان فهو بدوی، جاز رهن ذلک فی الأرض المفتوحه عنوه ونحوها، لعدم شمول أدله المنع له.

ثم الظاهر أنه كما يصح رهن الآلات، يصح رهن الأرض ذاتها، لوجود حق الاختصاص فيها ما دامت الآثار، إذ الدليل المانع عن بيعها لم يدل على المنع عن ذلك، فإذا لم يف باعها المقرض تبعاً للآثار، فهى للمشترى ما دامت الآثار، وطريق التقويم ما ذكروه فى ما إذا كان لأحدهم الأرض، ولآخر البناء، فإذا كانت القيمه لمنفعه الأرض مده ما كانت فى حيازه المقترض مائه صح للمرتهن أن يبيعها بذلك إذا كان يطلب مائه مثلاً، وهكذا.

ومنه يعلم أولويه صحه رهنها بآثارها، ولذا قال الجواهر تبعاً لما يظهر من الدروس بصحه رهنها نفسها، فكيف برهنها بآثارها.

أما من جوز بيعها تبعاً للآثار ومنع من رهنها كالعلامه، فقد استدل له بروايات بيعها تبعاً للآثار، ولا دليل فى الرهن، فيكون المرجع فيه دليل المنع عن التصرف فيها الشامل للرهن، وبأن الآثار قد تزول قبل حلول أجل الدين، وذلك مناف للرهن.

وفى كليهما نظر، إذ الأدله لم تدل على المنع عن الرهن، بل والمناط فى دليل البيع جار هنا، والاحتمال المذكور موجود فى رهن كل محتمل الفناء، مع أنه لا إشكال حتى عند العلامه فى صحه رهنه، وذلك لأن الميزان العقلائيه، وهى موجوده فى ما كان احتمال التلف قبل حلول الأجل ضعيفاً.

ص:۴۳

مسأله ۷ رهن ما لا يصح إقباضه

(مسأله ۷): قال في الشرائع: ولو رهن ما لا يصح إقباضه، كالطير في الهواء والسمك في الماء لم يصح رهنه.

أقول: المراد به ما كان ملكاً، إذ ما لم يكن ملكاً خرج باشتراط كون الرهن مملوكاً، وعدم كونهما ملكاً إما للأصل، حيث لم يصده الراهن، أو لأنه ملكه وخرج عن ملكه للعود إلى محله، كما إذا صاد طيراً أو سمكاً فهربا إلى الغابه والبحر، حيث إن الملك يزول عنهما، إذ لا اعتبار عقلائي في ملكهما والشارع حكم بالملك العقلائي، لانصراف الأدله إلى العرف إلّا فيما خرج كالخمر والخنزير، حيث يملكان عند العقلاء وإنما أسقطهما الشارع عن الملك، ومثلهما ما إذا لم يصد غزالاً أو صاد وهرب إلى ما يرى العرف انقطاع ملكه عنه.

أما أنه كيف يمكن أن يكون مملوكاً ومتعذر القبض، فقد ذكرنا في كتاب الصيد أن الصيد المعلَّم الذي لا يرى العرف انقطاع ملكه باق في الملك، والظاهر أن القبض المصحح للرهن كاف، فإذا تمكن الراهن أو ثالث من قبضه كفى.

ثم إن القبض هنا شرط مطلقاً، وإن لم نقل بأنه مصحح للرهن أو ملزم له، إذ لا يتحقق الرهن في مثل المقام، فأدله الرهن لا تشمله، وإن لم يشترط في صحه أو لزوم سائر ما يصح رهنه.

ولو تمكن من إقباضه لكن ميتاً، وميته يصح رهنه من جهه تجفيفه صح، كما إذا تمكن من رمي الغزال الشارد عنه أو الطير كذلك فيموت ويحشوه مما يكون مالاً.

قال في المسالك: ينبغي تقييد كلام المحقق بما لا يوثق بعوده عاده في الطير، وعدم كون السمك في ماء غير محصور بحيث يتعذر قبضه عاده، وإلّا صح، وتبعه الجواهر وهو كذلك، بل الظاهر أن الماء إذا كان بحراً صح إذا كان ممكن الأخذ بالوسائل الصناعيه، كما أن الظاهر عدم اشتراط التعيين، فإذا رهنت الدوله

الإسلاميه ألف طن من سمک بحر مّا صح للعقلائيه، کما يصح رهن الکلى فى المعين والمشاع.

أما ما ذکره المسالک من أنه لو لم يشترط القبض أمکن القول بالصحه مطلقاً، لعدم المانع، وتخيل تعذر استيفاء الحق من ثمنه لعدم صحه بيعه يندفع بإمکان الصلح عليه، ففيه: إنه إذا کان الطير فى الهواء والسمک فى الماء أمکن قبضه ولو بسبب المرتهن لم يحتج إلى توسيط إمکان الصلح عليه، وإن لم يمکن قبضه لم يصح الصلح عليه، إذ لا يصح الصلح على ما ليس بملکک ولا نفع فيه، کصلح ما وقع قعر البحر مما لا يمکن الوصول إليه.

ومنه يعلم أن تصديق الجواهر له غير ظاهر الوجه.

ثم حيث إن القبض شرط واقعى للصحه أو اللزوم عند مشترطه، فالمهم الإمکان عند اشتراط القبض، فلو کان قادراً عند العقد غير قادر وقت القبض لم ينفع، ولو انعکس نفع، وبذا يظهر وجه النظر فى بعض کلام الجواهر هنا فراجعه.

قال فى الشرائع: وکذا لو کان مما يصح إقباضه ولم يسلّمه.

أقول: إن کان القبض شرط الصحه لم يصح، وإن کان شرط اللزوم لم يلزم.

ثم حيث إن التسليم ـ على اشتراطه فى أيهما ـ عرفى، أى ما يراه العرف تسليماً للرهن، حيث قال (عليه السلام): «مقبوضاً»((1))، کان اللازم التسليم فى وقته، لا الفوريه ولا التراخى، فإنهما خلاف المتعارف.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر: إنه ينبغى أن يعلم أن المراد من عدم صحه الرهن، بناءً على اشتراط القبض فى الصحه بقاء الصحه مراعاةً إلى

۱- وسائل الشيعه: ج۱۳ ص۱۲۳ الباب۳ ح۱ المحاسن ص۱۰۲

أن يحصل ما يقتضى الفسخ من قول أو فعل، وإلا فعدم التسليم أعم من ذلك، ضروره عدم اشتراط مقارنه التسليم للعقد، إذ عدم اشتراط المقارنه لا يلازم بقاء العقد إلى أن يحصل قول أو فعل فاسخ، بل معنى الاشتراط أنه بدون الشرط فينفسخ وإن لم يحصل قول أو فعل.

ثم إنه لا فرق إن لم يسلم ـ فى البطلان أو عدم اللزوم ـ بين أن يكون عدم التسليم لتبدل قصده، أو نسيان، أو جهل، أو اكراه بأن لا يسلم، أو اضطرار كما إذا سجن، أو جنون أو غير ذلک، لإطلاق دليله، فاحتمال أن الإكراه والاضطرار رافع لا وجه له، إذ هما لا يجعلان فاقد الشرط واجده، كما لا يجعلان فاقد الجزء واجده، فإذا لم يقبل الإيجاب لإكراه مكره أو اضطرار كما إذا فسد فمه مرضاً، لم يصحح ذلک وقوع العقد.

نعم، إذا جن أو ما أشبه صح تسليم وليه أو وكليه، وكذا الحاكم فيما له ولايه للقصور، أما تسليم الصغير فهو تابع لصحه معاملته وعدمه.

ص:۴۶

مسأله ۸ رهن المصحف عند الكافر

(مسأله ۸): قال فی الشرائع: وكذا لا يصح لو رهن عند الكافر عبداً مسلماً أو مصحفاً، وقيل يصح ويوضع على يد مسلم، وهو أولى.

أقول: علل الأول المسالك بأن ارتهانه له يقتضي الاستيلاء عليه على بعض الوجوه ببيع ونحوه، وإن كان فی يد غيره، وهو سبيل عليه منفی بالآیه، وتبعه الجواهر وغيره، ولم يعللوا عدم صحه رهن المصحف، ولعله اعتماداً على ما ذكروه فی كتاب المكاسب.

وقد روی عن رسول الله (صلی الله علیه وآله) أنه نهی أن یسافر بالقرآن إلی أرض العدو مخافه أن یناله العدو([۱]).

بالإضافه إلى الإجماع المدعى، لكنا هناك أشكلنا على قطعيه المنع، فإن الرسول (صلى الله عليه وآله) راسل الكفار وصدّر كتبه بالبسمله([۲])، وهی آيه من القرآن الحكيم.

أما احتمال أنه إذا لم يقصد الآيه فالبسمله ليست بآيه، ففيه ما ذكرناه فی الأصول من أن قراءه شعر الغير أو خطبته أو القرآن لا يحتاج إلى القصد فی كونه لذلك الغير، بالإضافه إلى ما دل على كتابه القرآن على النقد مما ذكر فی كتاب الطهاره، مع استيلاء الكافر عليه.

وكيف كان، فالمنع إنما هو من جهه الكفر، أما رهنه عند المسلم فلا بأس به، لصحه بيعه ولو من جهه الجلد ونحوه كما ذكر فی كتاب المكاسب.

أما العبد المسلم فرهنه عند الكافر لا بأس به، لأنه لا يعد سبيلًا، ولذا اختاره الشيخ والمحقق والمسالك والجواهر، قال الأخير: الإنصاف عدم خلو القول

۱- البحار: ج ۹۲ ص ۱۷۵ الباب ۱۶ ح ۱، وأمالی الطوسی: ج ۱ ص ۳۹۲

۲- المصدر: ج ۲۰ ص ۳۸۶ و ۳۸۹ و ۳۹۲

بالصحه مطلقاً من قوه إن لم يثبت إجماع على خلافها، لمنع كونها سبيلاً، بل هو أسهل من إجاره المسلم نفسه للكافر، ولا بأس بتعلق حق الكافر بهما كما فى الموت والتفليس، وبه يفرق بينه وبين تعلق حق المسلم فى الخمر والخنزير، إلى آخر كلامه.

ويؤيده ما ورد من عمل على (عليه السلام) للكافر فى متح الماء له من البئر، كما ذكرناه فى مورده.

اللهم إلّا أن يقال: إن الإجبار على البيع لأجل رفع سلطته، والرهن يرفع السلطه إذا كان عند المسلم.

أما إذا كان المصحف مثلاً رهناً عند المسلم فارتد، كان مثل ما إذا مات فى حال الرهن، حيث ينتقل الحق إلى الوارث.

ص:۴۸

مسأله ۹ رهن المتزلزل

(مسأله ۹): قال فی الشرائع: لو رهن وقفاً لم یصح.

أقول: قد أطلق ذلک القواعد والتحریر والتذکره والدروس وشراح الفاضلین وغیرهم، بل المشهور، لکن دلیلهم أخص، حیث إنهم استدلوا له بعدم صحه بیعه، وبعدم ملکه، وبعدم تمام ملکه.

وفی المسالک: وعلی تقدیر جواز البیع علی بعض الوجوه یجب أن یشتری بثمنه ملکاً یکون وقفاً، فلا یتجه الاستیفاء منه مطلقاً، نعم لو قیل بعدم وجوب إقامه بدله أمکن رهن الوقف، حیث یجوز بیعه، انتهی.

قال فی مفتاح الکرامه: کما إذا بیع لخوف تلفه مع شده حاجه أهله، کما هو مذهب بعضهم کالمفید والسید والشیخ فی النهایه وأبی یعلی.

أقول: لا بأس برهن وقف الذریه فی قبال انتفاع الراهن به، إذ لا دلیل علی المنع إذا کان الواقف لم یخصص الانتفاع بشیء خاص، لإطلاق دلیل الرهن بدون محذور، وکذا إذا جاز البیع وصرف البدل، أما رهن المحرر کالمسجد، والخاص کالدار لسکنی الذریه وفی غیر الصورتین المذکورتین فلا یجوز، واحتمال عدم الجواز فی أخذ الراهن نفعه لا وجه له، فمثلاً یقترض منه مائه، ویرهن السیاره الموقوفه لانتفاع الذریه عنده، فإذا لم یدفع إلیه المائه انتفع الراهن منها بقدر المائه مثلاً.

ولو رهن عنده ثم قال: إنه وقف، فإن أقام دلیلاً علیه بطل الرهن، وإلّا فالأصل الصحه، إذ لا حجیه لإقراره علی غیره بعد أصاله صحه المعامله.

قال فی الشرائع: ویصح الرهن فی زمان الخیار.

أقول: وذلک لأن الخیار سواء کان للبائع أو المشتری أو الثالث لا یوجب

إلا تزلزل الملك بإمكان الاستفاده منه، لا أن الشیء لم ینتقل، خلافاً للمحکی عن الشیخ، حیث حکم بعدم انتقال الملک إلیه لو کان الخیار للبائع أو لهما.

وأشکل المسالک علی المحقق بأن فی مده الخیار تعریضاً لإبطال الحق، حیث إن الملک معرض للزوال، ثم قال: نعم لو کان الخیار له خاصه فلا إشکال، ویکون الرهن مبطلًا للخیار.

وکذا یجوز للبائع رهنه لو کان الخیار له أو لهما، ویکون فسخاً للبیع.

وعن الدروس أنه قال: رهن ذی الخیار جائز، ویکون من البائع فسخاً، ومن المشتری إجازه عند الفاضلین.

وعن اللمعه إنه أفتی بالصحه کالشرائع.

أقول:

۱: إذا کان لأحد الثلاثه: البائع أو المشتری أو الثالث الخیار، لکنه لم یأخذ به، فلا ینبغی الإشکال فی صحه الرهن، إذ الملک تام، وعدم الاستقرار حکم، أی إن الشارع حکم بأنه إذا أراد تمکن من الفسخ، سواء کان خیار الشرط أو الاشتراط أو العیب أو الغبن أو غیرها.

وکذا إذا رهنت الزوجه الصداق ولم یفسخ النکاح فیما کان للزوج الفسخ، أو رهن المتهب العین الموهوبه ولم یفسخ الواهب، ویجری الحکم فی العین المصالح عنها بخیار وغیرها، فإن مجرد التزلزل بهذا المعنی لا یوجب نقصاً فی الملک، وکذلک الحال فیما حصل حائل دون الفسخ بدون أن یکون عدم الفسخ بمجرد إراده عدم الفسخ ممن له الخیار، وهذا یجری فی العرف أیضاً فإن غیر المتشرع لا یری الخیار ضاراً بالملک، وإنما یراه ملکاً تاماً لمن له الفسخ الحق فی إبطاله.

۲: وکذا الحال فی عدم ضرر الخیار فی الرهن فیما لو کان الخیار لنفس الراهن فقط، بدون أن یکون للطرف خیار، کما إذا رهن البائع ذو الخیار الثمن، أو المشتری ذو الخیار المثمن، حیث إن رهنه تصرف والتصرف مبطل للخیار.

نعم إذا قيل بأن الرهن لا يبطل ولو بحسب الشرط، بأن شرط المشترى مثلًا أنه يحق له الإرجاع ولو بعد رهنه أو بيعه أو ما أشبه إذا تمكن من إرجاعه، بأن رهنه ثم أدى المال فاسترجع العين، أو باعه ثم استرجعها بالشراء، أو رجعت إليه بالإرث مثلًا إلى غير ذلك، لا يكون الرهن مبطلًا للخيار، إذ لا دليل على أن الرهن مبطل فى نفسه.

٣: أما إذا كان الخيار للطرف أو لثالث، سواء كان للراهن خيار أم لا، وقد أخذ بالخيار بعد الرهن، فمقتضى القاعده بطلان الرهن، إلاّـ إذا أجاز المالك الجديد، إذ الرهن لا يناسب ملك الغير، فما دام كان ملك الراهن صح، فإذا انفسخ بطل من حين الفسخ.

وعلى الفسخ إذا كان الدين مرتبطاً بالرهن حق لصاحب الدين مطالبته، إذ الأجل كان مقيداً بالرهن فإذا بطل الرهن بطل الأجل، فإن العقود تتبع القصود، فحيث لا قصد بالأجل بعد بطلان الرهن لا لزوم على الدائن فى الصبر، واحتمال إلزام الراهن بأن يرهن شيئاً آخر رهناً جديداً، أو إعطائه بدلاً لذلك الشىء المرهون بأن يصبح البدل بنفس ذلك العقد السابق، لا وجه لهما بعد عدم الدليل على أى منهما.

ومما تقدم يظهر مواضع النظر فى كلام من أطلق صحه الرهن، وفى كلام الجواهر ومفتاح الكرامه فراجعهما.

أما قول الدروس: لو رهن غريم المفلس عينه التى له الرجوع فيها قبله (أى قبل الفلس) فالأجود المنع، وأولى منه لو رهن الزوج نصف الصداق قبل الطلاق لغير الممسوسه.

أقول: وكذا إذا رهن الزوج الصداق قبل الخلع، وذلك لأن فى الكل لا يملك الراهن ما رهن، فهو فضولى يتوقف على إجازه المالك.

ولا يفرق فى ذلك

أن يكون الإرجاع بيد المالك، كما فى الطلاق حيث إن إرجاعه بيد الزوج، أو لا كما فى رهن الزوج بدل الخلع قبل أن يقع خلع، ورهن مالك العين قبل أن يقع الفلس أو الموت للمديون.

ومثلها فى كون الرهن فضولياً رهن الوارث مال مورثه المشرف على الموت، والقاتل الوارث مال المقتول، حيث إن القتل شرعاً بيده قصاصاً أو نحوه، إلى غير ذلك.

ثم إنه قد ذكر الشرائع وغيره هنا رهن العبد المرتد، لكنا أعرضنا عنه لعدم الفائده حالاً.

ص:٥٢

مسأله ۱۰ رهن ما يسرع إليه الفساد

(مسأله ۱۰): قال في الشرائع: ولو رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل، فإن شرط بيعه جاز وإلا بطل، وقيل يصح ويجبر على بيعه.

أقول: لو رهن ما يسرع إليه الفساد فله صور:

الأولى: إن فاسده كصحيحه في القيمه، بل وأحياناً أكثر، مثل رهن التمر المعد للخل، حيث إن الخل له قيمه التمر أو أكثر، أو مثل رهن الخبز حيث إن فساده يوجب نوع دواء، وهذا خارج عن محل الكلام، لوضوح أن كلامهم فيما يتلف بالفساد.

الثانيه: ما يمكن إصلاحه بتجفيف ونحوه، وفي الجواهر: صح بلا خلاف، بل في المسالك قولاً واحداً، بل ولا إشكال لإطلاق أدله الرهن بعد كونه رهناً عقلائياً.

نعم إذا لم يكن عنده ما يتمكن به من إصلاحه يأتي الكلام هنا، كما فيما لا يمكن إصلاحه.

ومنه يعلم حال ما يتحول إلى شيء آخر، مثل البيض إذا بقي فسد لكن يمكن استفراخه، فإنه يبقى رهناً وإن تحول إلى شيء آخر.

ثم إن مؤنه الإصلاح على الراهن، لأنه ماله، عليه غرمه وله نماؤه، ولذا قال في الجواهر: لأن ذلك من مؤنه حفظه كنفقه الحيوان.

الثالثه: أن يشترط بيعه، سواء أمكن إصلاحه أم لا.

وفي الجواهر: إن صحه الرهن فيه بلا خلاف ولا إشكال، وذلك لأن الوثيقه تحصل ولا ضرر، فإذا باعه صار ثمنه رهناً، سواء شرط بيعه بالنقد أو بغيره أو أطلق، حيث يشمل الأمرين.

ص:۵۳

وعليه فإذا كان إطلاقٌ حق للمرتهن البيع بما يريد، ولا حق للراهن فى تقديم اختياره على اختيار المرتهن، إذ الشرط سلب قدره الراهن وإن كان المال ملكاً له، هذا إذا كان إطلاق أو شرط بيع المرتهن.

أما إذا لم يكونا، فالبيع من حق الراهن بما يريد، لكن بما يجعل البدل رهناً أيضاً، إذ لو أراد الراهن تبديله بما لا يمكن بيعه لدى حلول الدين كان ذلك خلاف الرهن، فإن امتنع الراهن من البيع جبره الحاكم، فإن تعذر الحاكم فبناؤهم فى أمثاله عدول المؤمنين، لكن فى الجواهر باعه المرتهن، أو الحاكم رفعاً للضرر وجمعاً بين الحقين.

وفيه أولاً: إن الحاكم مقدم.

وثانياً: بعد الحاكم عدول المؤمنين، ودليل الجمع بين الحقين لا يفى بما أراد.

الرابعه: أن لا يفسد إلاّ بعد الأجل، بحيث يمكن بيعه قبله، ويصح رهنه، لإطلاق دليل الرهن بدون محذور.

الخامسه: إذا كان الدين حالاً فيصح رهنه لإطلاقه أيضاً، ولا منافاه بين الحال وبين الرهن.

السادسه: أن لايكون شىء من ذلك، والمشهور بطلان الرهن، لأنه خلاف أدلته.

وفى الجواهر: لا أجد فيه خلافاً لمنافاته مقصود الرهن حينئذ، لكن فى المسالك: احتمال الصحه كما لو أطلق، قال: وشرط عدم البيع لا يمنع صحه الرهن، لأن الشارع يحكم عليه به بعد ذلك صيانه للمال، ثم أشكل عليه بقوله: وفيه إنه لا معنى لحكم الشارع مع صحه الشرط، وإن كان باطلاً بطل الرهن

المشترط فيه، بناءً على بطلان العقد بمثله.

أقول: أولاً: بطلان الشرط لا يوجب بطلان العقد، كما حقق فى باب الشروط، نعم لو كان على وجه التقييد كان بطلان القيد موجباً لبطلان المقيد.

وثانياً: اشتراط عدم بيع المرتهن لا يلازم عدم بيع الحاكم من جهه أن فساد المال لا يجوز، فإنه إذا كان المال فى معرض الفساد كان على الحاكم من باب النهى عن المنكر التسبيب أو المباشره لعدم وقوع الحرام.

أما إذا أطلق الراهن ولم يشترط عدم البيع فصحه الرهن أوضح، ولذا وافق عليه الجواهر ونقله عن الفاضل والشهيدين والمحقق الثانى وغيرهم، وعليه فاللازم بيعه عند خوف الفساد أو قبله إذا لم يمكن البيع عند الخوف لعدم المشترى ونحوه، ويكون الثمن حينئذ رهناً، فإن امتنع أجبره الحاكم جمعاً بين الحقين.

أما استدلال الجواهر لذلك بتوقف صحه الرهانه المحمول عليها فعل المسلم على ذلك، فلم يظهر وجهه، إذ صحه فعل المسلم ليست مشرعه، وإنما مكانها إذا لم يعلم هل فعل فاسداً أو صحيحاً.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم وجه النظر فى المحكى عن الشيخ، وظاهر ابنى زهره وإدريس من عدم الصحه، لعدم اقتضاء عقد الرهن بيع الرهن قبل حلول الأجل فلا يجبر عليه الراهن، فلا يملك المرتهن استيفاء الدين منه عند حلول الأجل، بل يكون كرهن المقطوع بعدم بقائه إلى الأجل، إذ فيه: إن عقد الرهن عقلائى وقد قرره الشارع، فإذا كان هذا النوع مما يعتبره العقلاء لم يكن

وجه لعدم شمول الأدله له.

أما قطع عدم البقاء فلا يخفى ما فيه، إذ المعيار الواقع من دون مدخل للقطع، إلاّ أن يريد ما لا يبقى، وسيأتى أن طريان عدم البقاء لا يكشف عن لبطلان.

ومما تقدم تبين وجه الصحه فى الموارد الثلاثه.

قال فى القواعد: لو رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل، فإن شرط بيعه وجعل الثمن رهناً صح، وإن شرط منعه بطل، وإن أطلق فالأقرب الجواز، فيباع ويجعل الثمن رهناً، ولذا قال فى مفتاح الكرامه تبعاً للمسالك: قلت: الصحه محتمله فى شرط العدم.

ثم إن أطلقه ولم يرد المرتهن بيعه أجبر، إذ هو خساره على الراهن لاـ يحق له ذلك، فإن لم يمكن إجباره حتى فسد ضمن ويتهاتر الدينان على القاعده.

ثم إن البيع من باب المثال، وإلا فالصلح ونحوه كذلك.

ولو قال الراهن: ادفع لى رهنى أدفع لك دينك، فهل اللازم القبول، لأنه أقرب من البيع وتبديله بالثمن، أو لا يلزم، لأن الدين موقت، فكما لا يلزم على المديون الوفاء قبل الوقت، كذلك لا يلزم على الدائن القبول، الظاهر الثانى، لأنه مقتضى العقد على تأمل، وكذلك الحال فى سائر الديون والرهون، والله العالم.

ص:۵۶

مسأله ۱۱ لو طرأ الفساد على الرهن

(مسأله ۱۱): قال فی القواعد: ولو طرأ ما عرضه للفساد فکذلک، أی لم یبطل الرهن، وإنما یبدل إلی الثمن الذی یجعل رهناً، وقد نقل مفتاح الکرامه ذلک عن التذکره والدروس وجامع المقاصد، وظاهر الإیضاح الإجماع علیه، والظاهر أن قول العلامه (ما عرضه) إشاره إلی أنه قبل الفساد یبادر إلی ذلک، ولذا عبر بعضهم بخوف الفساد.

وکیف کان، فالأمر یشمل الحالین، لوحده الدلیل المتقدم فی المسأله السابقه فیهما.

وعلیه لا فرق فی المقام بین اشتراط البیع إذا خاف الفساد واشتراط عدمه والإطلاق، وإن لم نقل هناک بالصحه فی صوره شرط عدم البیع، إذ قد عرفت أن الدلیل عقلائیه مثل هذه المعامله، والشارع قرره بالإطلاق ونحوه، بل یکفی ﴿أوفوا بالعقود﴾، لما ذکرناه مکرراً من أنه یشمل حتی العقد الذی لم یکن فی زمن الشارع، وقد ذکرنا تفصیل الکلام فی شرح العروه کتاب المضاربه وغیره.

وفی الجواهر بعد قوله بالصحه فی الصور الثالثه قال: نعم لو فرض تصریح المشترط بعدم البیع حتی مع طرو المفسده أمکن القول بالبطلان، ولعله أراد القید.

وإلّا فالشرط ولو فرض فاسداً لم یفسد، بعد أن الشرط لا یقید ید الحاکم عن البیع من باب الجمع بین الحقین، بعد عدم حق المالک الراهن فی إفساد ماله.

ثم لا ـ فرق فی البیع بحاله أو بعد إجراء حاله علیه، کما إذا کان الرهن حیواناً فجاء المرض مما خیف منه تلفه، فإنه یصح بیعه، کما یصح ذبحه ثم البیع، ولو کان الحیوان مثل الفیل حیث لعظمه قیمه نفسه لا بأس بأن یترک حتی یموت

فیجعل عظمه رهناً، فإذا شرط عدم البیع أو أطلق ولم یستعد المالک عند خوف الفساد من بیعه لم یحق بیعه.

ثم إذا باع الراهن أو الحاکم أو المرتهن الرهن، فهل یلزم تبدیله بمثله، کالدار بالدار وحتی الحنطه المعرضه للفساد _ کما إذا ابتلت ولم یمکن التجفیف _ بالحنطه کذلک لاشتراء الخبازین الحنطه المبتله مثلاً، وإن لم تبق الحنطه الثانیه مده مدیده، الظاهر ذلک، لأنه أقرب فالارتکاز علیه إلاّ مع موافقه المالک لغیره، ولو کانت الموافقه من جهه الارتکاز.

نعم، یشکل اشتراء مثله إذا کان المثل أیضاً معرضاً للخطر، کما إذا کانت الشاه معرضه للمرض والموت مثلاً.

ثم الفساد هنا وفی المسأله السابقه أعم من اللغوی، فإذا کانت الدور معرضه لمصادره الحاکم، أو النقد معرضاً للسقوط عن المالیه، أو الشاه معرضه لمرض لا یمیت وإنما یقلل قیمته، کان داخلاً فی أقسام المسأله السابقه.

ثم إن الجواهر قال: إن الظن بالفساد الذی ینافی الوثوق عرفاً کالعلم، بخلاف الاحتمال، بل والشک، بل وبعض أفراد الظن.

أقول: المعیار العقلائیه، وإن کان احتمالاً ضعیفاً کالواحد فی المائه، مثلاً الظالم أعلن أنه یصادر من کل مائه دار داراً، حیث إن العقلاء یبادرون ببیع دورهم، فإن مثله کاف فی المعرضیه الموجبه للبیع، ولذا قال الفقهاء بمثله فی الخوف فی باب الطهاره، والصلاه واقفاً مثلاً، والصوم والحج وغیر ذلک، فإذا تلوث الماء بالوباء حیث یموت من کل مائه مستعمل له أحدهم، کان خوفاً یوجب ترک الوضوء، إلی غیر ذلک.

وإذا أخذ الرهن فی نقص القیمه بحیث لا ینافی قدر حق المرتهن، فإن ترکه الراهن بحاله غیر مبال بالنقص فلا إشکال، وإن أراد الراهن تبدیله حق له

ذلك، ولا يحق للمرتهن المنع، لدليل «لا ضرر»، مثل ما استدل به الشيخ فى المكاسب لخيار الغبن.

وإن كان التناقص بحيث ينافى حق الراهن حق له المطالبه بأحد الأمرين، إما الضميمه أو البيع والتبديل إنقاذاً لحقه، وحيث إن كلا الأمرين خلاف الأصل، ولابد من أحدهما سوينا بينهما بدون أن نقدم البيع، فلا يقال التبديل مقدم، لأنه بدل العين.

وإذا أخذت القيمه فى التصاعد مما لم يكن مأمولاً مما يخشى فوت تلك القيمه المتصاعده إذا لم يبع، كما أن الدار التى كانت قيمتها مائه وصلت إلى عشره آلاف، فإن لم تبع رجعت إلى القيمه السابقه بعد مده _ كما هو الحال فى تثمين بعض الحكومات لأجل فتح شارع أو منشئات حكوميه _ فالظاهر أنه يحق للمالك التبديل لدليل «لا ضرر»، بل لأن عقد الرهن لم يشمل مثل ذلك، إذ العقود تتبع القصود، فهو كما إذا أسلفه الحنطه، حيث كل منّ بدرهم فسبب القحط غلاءها إلى كل منّ بألف، فإن الارتكاز لم يكن بمثل ذلك، فلا قصد فلا عقد.

ص:۵۹

مسأله ۱۲ رهن المجهول

(مسأله ۱۲): قال فی القواعد: لا یصح رهن المجهول، وعن المختلف أنه قال الشیخ: لو قال رهنتک هذا الحق بما فیه، لم یصح فیما فیه للجهل به، وهذا یشعر بمنع رهن المجهول، والأولی عندی الجواز، عملًا بالأصل الدال علیه.

نعم یشترط تعیینه، فلو قال رهنتک أحد هذین بطل، انتهی.

وفی مفتاح الکرامه: عن الخلاف نفی الخلاف عن عدم صحه الرهن عما فی الحق، وظاهره أنه إجماع المسلمین، کما هو عادته، لکن عن التذکره یصح الرهن فی الحق عندنا، إلی غیر ذلک من أقوالهم.

والظاهر أن الجهاله مطلقاً إذا کانت عقلائیه رهنها ولم تکن غرراً مشمولاً لقوله نهی النبی (صلی الله علیه وآله) عن بیع الغرر([۱]) حتی فی مثل أحد هذین، لم یکن به بأس.

أما بدون هذین الشرطین فالصحه مقتضی العقلائیه المشموله للأدله الشرعیه، وأما إذا لم تکن عقلائیه فلأن مثلها غیر مشموله للدلیل، وأما إذا کانت غرراً، فللنهی المذکور المقتضی للوضع، وقد ناقشنا إشکال المستمسک فی الروایه فی کتاب المضاربه وغیره.

ومنه یعلم وجه النظر فی قول الجواهر بعد نقله الإجماع عن الشیخ، قلت: إن تم هذا الإجماع کان حجه علی خصوص مقعده وما شابهه من الجهول من جمیع الوجوه، وإلاّ فالإطلاقات تقتضی الجواز، ونفی الغرر إنما هو فی العقود المبنی علی المغابنه، لا فی مثل الرهن المبنی علی غبن الراهن للمرتهن کالواهب بالنسبه إلی المتهب.

۱- وسائل الشیعه: ج۱۲ ص۳۲۰ الباب ۴۰ ح۲

إذ يرد عليه أولاً: إنه لا إطلاق فى غير العقلائيه.

وثانياً: من أين هذا التقييد فى الغرر، مضافاً إلى أن حال الرهن حال سائر المعاملات، كيف وإذا رهنه ما لا يسوى ديناراً، مما كان فى الحق ونحوه، فى قبال قرض ألف دينار بما لو علم لم يقبل رهنه، أليس ذلك من الغرر، ولا فيه مغابنه، كما أنه ظهر مما تقدم أن المعيار عدم العقلائيه، أو منع الشرع بدليل الغرر، فليس المناط فى بطلان المجهول عدم توجه القصد إليه، فما عن حواشى الشهيد وجامع المقاصد من أن المراد بالمجهول الذى لا يصح رهنه المجهول من جميع الوجوه أو من بعضها بحيث يمنع من توجه القصد إليه، وما فى الحق كالشاه من القطيع لا يتوجه القصد إليهما، وأما المجهول لا كذلك كهذه الصبره إذا لم يعلم قدرها فلا بأس به، انتهى. غير ظاهر الوجه.

وعليه يصح رهن ما فى الحق إذا لم يكن غرراً، مما إذا علم أنه فيه ما يسوى مائه بقدر الدين، وإن لم يعلم هل أنه ذهب أو فضه أو زبرجد أو تراب معدن يسوى ذلك، بل وإن كان مجهولاً مطلقاً كرهنه ما فى الدار مما يعلم أنه يسوى بقدر القرض، وإن لم يعلم هل أنه إنسان كالعبد، أو حيوان أو شجر أو معدن أو فرش أو غير ذلك، كما يصح رهن الشاه فى القطيع، بل هو أقرب من الكلى، ولذا قال الجواهر: ولو فرض أنه أرهنه شاه ثم عينها له وقبضها المرتهن لم يبعد الصحه، وكذا لو أرهنه صاعاً من صبره، وإن لم يقبضه بعينه، وفى تنزيله على الإشاعه وعدمها الوجهان، انتهى.

أقول: بل لا حاجه إلى التعيين أيضاً فى مثل ما إذا سلمه كل القطيع، كما

إذا كان راعياً أو نحو ذلك، والمنصرف عرفاً فی مثله إراده الکلی فی المعین، ولذا یطالب المرتهن بعد تلف البعض بحقه، ویری العرف أن التالف من مال الراهن، اللهم إلاّ إذا صرح بالإشاعه، أو کان الارتکاز بـذلک بحیث یتوجه القصد إلیه، إذ العقود تتبع القصود، وإلاّ لم یسم عقدکم المستفاد من قوله سبحانه:(أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ)((۱)).

ثم إنه لو أعطاه دیناً یرده بمثله مثل الذهب، فحصل فی الدین تضـخم، فهل للمرتهن مطالبه الراهن بوثیقه أخری ـ إذا لم یحصل تضـخم مثله فی الرهـانه وإلاـ فلاـ حق له بلا إشـکال ـ احتمالان، من الأصل، ومن أن الـدین عقـد فی قبال الوثیقه، فإن لم یعطه الضمیمه کان له حق الفسخ، ولعل هذا أقرب.

ولو حصـل فی الـدین تنزل فهـل یحـل للراهن مطـالبه فک بعض رهنه، مثلاً کان الـدین مثقال ذهب یسوی عشـره فی قبال رهن شاتین، کل واحده خمسه، فإذا صار الذهب خمسه حق له مطالبه إحدی الشاتین، لم یبعد ذلک لما ذکرناه فی عکسه.

نعم، یلزم أن یکون التنزل والتضخم خلاف المعتاد، بما یوجب عدم توجه القصد إلی العقد المتعلق به، وإلا فلا حق لأحدهما.

ومما تقدم ظهر الحکم فی المسائل الأربع: تضخم وتنزل کل من الدین والرهانه.

ومما یشـبه هذه المسأله التی نوعاً ما حدیثه، مسأله اختلاف الآفاق فی ما إذا رهنه لمده شهر، وکان آخر الشهر فی بلد الرهن یوم الأربعاء، فـذهبا إلی بلـد آخر الشـهر یوم الثلاثاء أو الخمیس، فهل اللازم موافقه الشـهر فی البلد الأول أو الثانی، الظاهر أن العبره بقصدهما ولو ارتکازاً، هل القصد عدد الأیام أو آخر

۱- سوره المائده: الآیه ۱

الشهر، وعلى الثانى هل القصد ولو ارتكازاً شهر محل الرهن، أو مطلقاً.

فعلى الأول: لا إشكال فى اعتبار عدد الأيام، أى الأربعاء فى المثال.

وعلى الثانى: شهر محل الرهن.

وعلى الثالث: شهر المحل الذى يراد الدفع لصدق الإطلاق عليه، لا قبله ولا بعده، باعتبار أن قبله أو بعده شهر فى بلد آخر، إذ الإطلاق لا يشمل إلّا محل الدفع.

أما إذا خابر إلى نفس بلده أن يدفع الدين، فالظاهر اعتبار بلد الدين لا بلد المخابره.

ومنه يعلم حال ما إذا جاء من بلده إلى بلد آخر، أو من بلد آخر إلى بلد ثالث، وحال ما كان الأربعاء فى مكان ليله ثلاثاء أو ليله خميس أو ليله أربعاء فى مكان آخر، أو بالعكس.

ولو شك فى الأمر ولم يكن تنازع يفصل بالبينه والحلف، فالأصل عدم زياده المده على القدر المتيقن، إذ شمول الرهن للمشكوك مشكوك فيه، كما إذا شك فى أن المتعه كانت ثلاثه أيام أو أربعه، واحتمال تعارض استصحابى بقاء الرهن، وعدم تعلق الرهن بالزائد، قد ذكر جوابه فى الأصول، وفى مكاسب الشيخ (رحمه الله) فى استصحاب الخيار.

مسأله ۱۳ فیما یقابل بالرهن

(مسأله ۱۳): قال فی الشرائع: الثالث فی الحق، وهو کل دین ثابت فی الذمه، کالقرض وثمن البیع، ولا یصح الرهن فیما لم یحصل سبب وجوبه، کالرهن علی ما یستدینه وعلی ثمن ما یشتریه.

أقول: ومثلهما الرهن علی صداق لم یقع بعدُ العقد، وعلی مصالحه وهبه مشروطه، وجنایه لم تحقق بعد، إلی غیر ذلک من الأمثله.

وکیف کان فلا إشکال ولا خلاف فی ذلک، بل عن التذکره وجامع المقاصد الإجماع علیه، وعللوه کما فی الجواهر وغیره بظهور أدله المقام فی کون الرهن وثیقه علی مال المرتهن، ولا یتصور الاستیثاق قبل حصول مال له عنده، فلا یصدق علیه الرهن لیشمله (أوفوا بالعقود).

وعن بعض العامه أنه یصیر رهناً بالقرض. وفیه: إنه لا اعتبار عقلائی له، وإلا لتصور ذلک فیما إذا زوجها ولده الذی لم یولد بعد، فإذا ولد صار زوجاً، أو یضاربه بمال لا وجود له سوف یملکه أو ما أشبه.

وحیث کان الإنشاء خفیف المؤنه فکلما کان اعتبار عقلائی ولم یردع عنه الشارع صح، وکلما لم یکن أحدهما لم یصح.

وهل یصح الرهن علی الأعیان التی لیست بمضمونه علی من فی یده کالودیعه والعاریه غیر المضمونه، قال فی مفتاح الکرامه: إن عدم الرهن فی العین غیر المضمونه موضع وفاق، کما فی جامع المقاصد والمسالک والمفاتیح، واستظهر المولی الأردبیلی من التذکره عدم الخلاف.

وقال فی الجواهر: بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسمیه علیه، بل لعل المحکی منهما مستفیض، وبه یخرج عن عموم الوفاء بالعقود لو کان مشمولاً لها باعتبار صدق الرهن علیه عرفاً، انتهی.

ص:۶۴

وقد استدلوا له بالإجماع المذكور، وبأنه ما لم يكن مضمونه كيف يؤخذ عليها الرهن، وبما يأتى فى العين المضمونه من الاستدلال بامتناع استيفاء العين الموجوده من شىء آخر.

وفى الكل ما لا يخفى، إذ الإجماع لو لم يكن ظاهر الاستناد فهو محتمله قطعاً، ومثله لا يصح مقيداً ومخصصاً للآيه بعد الصدق، بل والعرفيه، حيث إن احتمال التفريط إذا كان قائماً استدرک بالرهن، فإنه إذا أراد الجار استعاره شىء أو أراد إيداع شىء عنده، فهل لا يعطيه الجار ولا يقتضى حاجته، أو يعطيه مع تعارف تفريطه ويسبب ذلک ضياع حق المعير أو المودع، أو يعطيه برهانه، حيث إنها توجب عدم التفريط، بل ربما يستشكل فى وجود الإجماع، لأن القواعد قال: لا يصح الرهن على الأعيان وإن كانت مضمونه على إشکال، وعن حواشى الشهيد أنه راجع إلى الجميع.

وبذلک ظهر الجواب من الاستدلالين الآخرين، کما ظهر بذلک صحه الرهن على الأعيان المضمونه، کالمغصوبه والعاريه المضمونه والمقبوض بالسوم ونحوها، فإن إطلاقات الرهن تشملها ولا دعوى إجماع فى المقام.

نعم عن الرياض _ كما فى مفتاح الكرامه _ نسبه المنع إلى الأكثر، ثم رده المفتاح بأنه لم تتحقق الشهره عن المنع.

وكيف كان، فدليل الجواز الإطلاق بعد العقلائيه، ودليل المنع ذهاب الأكثر، وأنه لم يعلم وجود مثله فى زمان الشارع، وفيه: عدم كفاء ذلک بالمنع، خصوصاً وقد استدل للجواز فى المفاتيح بما فى مفتاح الكرامه، وتبعه الجواهر بالمستفيضه المتضمنه بنفى البأس من الاستيثاق للمال.

كصحيحه محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام)، سألته عن السلم فى الحيوان

والطعام ويؤخذ الرهن، فقال (عليه السلام): «نعم استوثق من مالك ما استطعت»((١)).

ونحوها غيرها((٢)).

بل من إطلاق هذه الصحيحه يفهم صحه الرهانه على غير المضمونه، بل يمكن أن يقال إمكان الرهانه في غير المضمون بدون تفريط أيضاً، كما لو أراد الاستعاره لكن كان يشك المعير في تلف ماله بدون تفريط وتعد، حيث إن المحل محتمل الزلزال أو السيل أو ما أشبه، لكنه إذا كان عنده لم يكن عليه بأس حسب الموازين، فيقول: لا أعيرك إلّا برهانه حتى إذا تلف ولو بدون تعد وتفريط أخذت من الرهانه، فإنه عقلائي يشمله الإطلاق والصحيحه، فتأمل.

وكيف كان، فقد قال في الجواهر: الأقوى صحه الرهن على المضمونه، وفاقاً للفاضل والشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم، انتهى.

بل مقتضى القاعده صحته في كل ما كان استيثاقاً، كما إذا طلب الرجل من المرأه الاستيثاق بالرهانه في المهر الذي يعطيها كلًا، لاحتمال الفسخ بعيب، أو نصفاً لاحتمال الطلاق بدون الدخول، أو المرأه من الرجل الرهن في عوض الخلع، لاحتمال رجوعها في البذل، وكذلك في البيع والإجاره والصلح والمزارعه والمساقاه والمضاربه وغيرها، بأن يطلب مالك الدار التي يؤجرها أو يبيعها الرهن، لما إذا ظهر بطلان الإجاره أو البيع أو غير ذلك.

قال في محكي التحرير: يجوز أخذ الرهن على الدرك والمغصوب، وكل ما أشبه في الحقوق التي تثبت في العين، على إشكال.

١- وسائل الشيعه: ج١٢ ص١٢٣ الباب١ ح٥، التهذيب: ج٢ ص١٣٠

٢- وسائل الشيعه: ج١٢ ص١٢١ الباب١ ح١ و٤ و٦ و٩

وقال فی محکی الدروس: یجوز أخذ الرهن علی عهده الثمن، وکذا المبیع والأجره وعوض الصلح إن جوزنا الرهن علی الأعیان.

وفی مفتاح الکرامه: إن ظاهر مجمع البرهان أن ما ذکره الدروس لیس محل خلاف.

ومما تقدم یعلم حال أخذ الرهن من أصحاب الحمام والسیاره والطائره والباخره والقطار ونحوها، لاجل احتمال عطب ما یوضع من الأثاث والملابس فی هذه الأمور، بل وکذا أخذ الرهن من الزوج لیسلمه جهاز الزوجه، حیث یحتمل إتلافه لها، وکذا أخذ الرهن من الخیاط والنجار والحمال والبناء وغیرهم، لاحتمال إتلافهم القماش والخشب وغیرهما.

مسأله ۱۴ رهن ما ليس بثابت

(مسأله ۱۴): قال في القواعد: ولا يصح الرهن على ما ليس بثابت حاله الرهن، كما لو رهن على ما يستدينه، أو على ثمن ما يشتريه منه، فلو دفع إلى المرتهن ثم اقترض لم يصر بذلك رهناً.

أقول: هذا هو الذى ذكروه من غير خلاف أجده فيه بينهم، بل حكى الإجماع عليه فى التذكره وجامع المقاصد، بل وظاهر الكفايه حيث قال: قالوا ــ كما فى مفتاح الكرامه ــ وعليه فإذا استقرض منه دراهم وقد كان أعطاه رهناً قبل القرض على هذا القرض المتأخر لم يصر بذلك رهناً، إلاّ إذا أنشأ الرهن بعد القرض، كما إذا قالا: فليكن ما رهناه قبل القرض رهناً الآن، ومثله الحال فى الصحه ما إذا دفع إليه داره رهناً على ألف دينار، ثم رد الدنانير واستقرض منه خمسه آلاف درهم، وقال: إنها رهن عندك على هذه الدراهم، أما عدم صحه الرهن السابق على القرض، لأنه ليس له مفهوم الرهن عرفاً فلا يشمله دليل الشرع، فهو مثل أن يزوج بنته التى لم تتكون بعد، فتسميته رهناً مسامحه كتسميه تزويج بنته المذكوره نكاحاً، فإذا ولدت له بنت لم تكن زوجته بالنكاح السابق على الولاده، كما أن وجه الصحه فى المستثنى واضح، لأنه إنشاء جديد لا ربط له بالإنشاء السابق الباطل، فهو مشمول للأدله.

ومما تقدم ظهر بطلان ما استدل به العامه لصحه الرهن قبل الثبوت بأنّه كضمان الدرك، وفيه: إنه عقلائى بخلاف المقام، إذ هو مثل النكاح الذى ذكرناه.

أما جواب مفتاح الكرامه بأن ضمان الدرك جاز للحاجه إليه، بخلاف ما نحن فيه، والسر فيه أن العقود إذا اشترط تأخير مقتضاها لم يتحقق الإنشاء الصريح للفعل المطلوب ثبوته حالاً، ولا سيما إذا اعتبر فيه لفظ الماضى، ففيه: إن الإنشاء خفيف المؤنه فلا مانع عقلى منه، والماضويه لا دليل عليها، وإنما المانع ما ذكرناه.

ص:۶۸

وکیف کان، فالمراد بالثابت ما تقدم لا ـ فی قبال التزلزل بسبب الخیار، فإن الظاهر صحه رهن المتزلزل کما تقدم فی بعض المسائل السابقه، ولذا قال فی الجواهر بصحه الرهن علی الثمن فی مده الخیار، بناءً علی حصول الشغل بالعقد، والرهن علی غیره مما هو متزلزل، بلا خلاف أجد فیه، لإطلاق الأدله، انتهی.

والحاصل: إنه یصح الرهن علی المتزلزل فی کلا ـ الطرفین، مثلاً ـ اشتری داراً بخیار لبائع، فیجعل الدار رهناً، أو باع داراً بخیار للمشتری فالثمن المتزلزل یأخذ علیه رهناً، فإذا انفسخ العقد بطل الرهن لتوقفه علیه، وإذا لزم لزم الرهن، وإذا حصل الرهن ترتب علیه أثره حتی البیع إذا حل الدین، فما عن التذکره من أنه لا شک فی أنه لا یباع الرهن فی الثمن ما لم یمض مده الخیار محل نظر، ولذا أشکل علیه الجواهر.

ثم قال القواعد: ولو شرک بین الرهن وسبب الدین فی عقد، ففی الجواز إشکال، ینشأ من جواز اشتراطه فی العقد، فتشریکه فی متنه آکد، ومن توقّف الرهن علی تمامیه الملک، لکن یقدم السبب، فیقول: بعتک هذا العبد بألف وارتهنت الدار بها، فیقول: اشتریت ورهنت، ولو قدم الارتهان لم یصح.

أقول: مقتضی القاعده صحه التشریک للعقلائیه، فیشمله الإطلاق، ویؤیده ما ورد فی باب النکاح من عتق الأمه وتزویجها وجعل عتقها مهرها، فإنه بالمناط الأولوی یدل علی المقام.

والسر فیهما ما ذکر من العقلائیه فی کلا المقامین، ولا یقابل الصحه إلّا ما ذکره من الوجه الاعتباری، ومثله لا یقاوم العقلائیه التی هی الأصل فی العقود إلّا ما خرج بدلیل شرعی، وقد ذکر مفتاح الکرامه: إن

المبسوط والتذكره والتحرير حكموا بالصحه، ونفى عنه البعد فى مجمع البرهان، واستدلوا بعموم الأدله، وقد أشكل فى الصحه جامع المقاصد، وأطال فى الجواهر فى توجيه الإشكال بما لا يرجع إلّا إلى بعض الوجوه الاستحسانيه التى لا تقاوم ما ذكرناه من الدليل.

وكذلك أطال فى مفتاح الكرامه فى تشييد الصحه بما الظاهر الغنى عنه إلّا من جهه أن يستأنس الذهن.

وبذلك يظهر أنه لا فرق بين تقديم الارتهان أو تأخيره، بعد وضوح أن الإنشاء يصب عليهما فى وقت واحد، نعم إذا كان على وجه التقييد لم يصح.

ص:٧٠

مسأله ۱۵ الرهن فيما لم يحصل سبب وجوبه

(مسأله ۱۵): قال فى الشرائع: ولا يصح الرهن فيما لم يحصل سبب وجوبه، كالرهن على ما يستدينه وعلى ثمن ما يشتريه، ولا على ما حصل سبب وجوبه ولم يثبت، كالديه قبل استقرار الجنايه.

أقول: وجه أن الرهن على ما يستدينه وما يشتريه أو ما يبيعه أو ما أشبه لا يصح، أنه لا يصدق الرهن العقلائى الذى مقومه الشىء الثابت، وقد تقدم حكايه الإجماع على عدم الصحه من التذكره وجامع المقاصد وظاهر الكفايه.

ثم إن الأمر دائر مدار الواقع، فإذا كان قد اشترى أو استدين ولم يعلم به، لأن وكيله فعل ذلك ولم يعلم هو به، فإن رهن صح إذا حصل منه قصد الإنشاء، وإذا كان العكس وإن زعم الاستدانه والاشتراء لم يصح، ولو تبعض بأن اشترى نصف الدار مثلًا وزعم اشتراء كلها، أو استدان ألفاً فزعم أنه استدان ألفين فجعل الرهن فى قبال الدين والثمن، فإن جعله فى قبال الكل ولو ارتكاراً بطل نصف الرهن، ويأتى هنا خيار تبعض الصفقه، فإن هذا الخيار أعم، حيث مدركه شامل لكلا الطرفين، مثلًا البائع باع كل داره لزيد، ثم ظهر أن نصفها غير قابل للبيع، فإنه كما للمشترى خيار تبعض الصفقه كذلك للبائع الذى كان جاهلًا بالأمر، فله أن يفسخ كما حقق فى محله، وإنما يبطل فى الارتكاز فى قبال الكل أيضاً، لأن العقود تتبع القصود.

أما إن جعل الرهن فى قبال الدين مهما كان، وإن كان الداعى الكل، فإن الرهن صحيح، إذ تخلف الداعى لا يضر.

وعلى أى، فإذا جعل الرهن على ما لم يحصل سببه ثم حصل، فإن أنشأه ثانياً ولو بالمعاطاه كفى، لأنه إنشاء جديد، وإلا فلا، وإن اختلفا فى أنه هل كان

قبل حصول السبب أو بعده أو معه، كما تقدم فى المسأله السابقه قضيه المعيه، فالأصل مع القائل بالصحه.

ثم إن الجنايه قد لم تحصل إطلاقاً، وإن فعل سببها الكامل، مثل أن سقاه السم بما يموت بعد سنه مثلاً، وقد تحصل جنايه تنتهى إلى جنايه، كما إذا قطع يده بما ينتهى إلى الموت، ففى الأول خلاف، فقد تقدم كلام الشرائع، حيث نفى الرهن قبل استقرارها، وفى الجواهر: وإن علم أنها تأتى على النفس الذى هو سبب ثبوت الديه على المشهور نقلاً وتحصيلاً، وهذا هو المحكى عن المبسوط والتذكره والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضه كما صرّح به فى القواعد أيضاً.

لكن فى مفتاح الكرامه: ربما قيل بجواز الرهن على الجنايه التى قد استقر موجبها، وإن لم تستقر هى كقطع ما يوجب الديه، فإن غايته الموت ولا يوجب أكثر منها، بخلاف ما دون ذلك وهو جيّد، انتهى.

وهذا غير بعيد، حيث إن الرهن فى المقام عرفى، ويفهم من المناط فى حديث محمد بن مسلم المتقدم، فإذا كان للإنسان أن يستوثق من ماله بما شاء، له أن يستوثق من نفسه بطريق أولى، وكذلك يصح أخذ الكفيل منه أن يحضره إذا مات لأخذ الديه منه، لإطلاق دليله.

ولذا قال فى المسالك: ربما قيل بجواز الرهن على الجنايه التى قد استقر موجبها، وإن لم تستقر هى كقطع ما يوجب الديه فإنه غايته الموت ولا يوجب أكثر منها، وليس ببعيد.

قال فى الجواهر: وتبع المسالك غيره، ثم أشكل عليه بأنه لا معنى

ص:٧٢

للرهن قبل ثبوت الحق.

وفيه: ما تقدم من أن الرهن لحقّ موضوع عقلائی قرره الشارع وفی مثل المقام یراه العقلاء.

ومما تقدم یظهر أنه أولی بالرهن إذا کانت الجنایه من القسم الثانی، کقطع یده المنتهیه إلی الموت، حیث إن جنایه أورثت الدیه ثبتت، نعم لیست بقدر کل الدیه.

أما إذا لم تکن إلّا بعض مقدمات الجنایه، مثل أن أغری کلبه به، أو أرسل سهماً لیقتله، أو حفر بئراً فی طریقه یمر بها لیلاً فیقع فیها، إلی غیر ذلک، فلا یصح الرهن، إذ لم یقع شیء، کما لا یصح القصاص ونحوه.

ولا یخفی أن مثل سجن مرید القتل ونحوه لیس من القصاص قبل الجنایه، بل من جهه دفع المنکر، وقد کان لعلی (علیه السلام) ذلک ولم یفعله([1])، لأنهم (علیهم السلام) لا یفعلون حسب قدرتهم وعلمهم الخارق، کما فی الأنبیاء وسائر الأئمه (علیهم السلام)، وإلا لم یکونوا أسوه.

قال سبحانه: (وَلَوْ جَعَلْنَاهُ مَلَكًا لَّجَعَلْنَاهُ رَجُلاً وَلَلَبَسْنَا عَلَيْهِم مَّا يَلْبِسُونَ)([2]).

وقال تعالی: (لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ)([3]).

وقد ذکرنا تفصیله فی بعض مباحث الکتاب.

ومما تقدم ظهر أنه لا فرق بین القتل وغیره من الجراح، ولا فی القتل بین العمد والخطأ وشبه العمد، وإن کان الذی یؤخذ منه الرهن مختلفاً بین نفس

١- البحار: ج٢ ص١٩٤ الباب١٢٦ ذیل الحدیث ١٠

٢- سوره الأنعام: الآیه ٩

٣- سوره الأحزاب: الآیه ٢١

الجانى أو العاقله، وإذا كان العاقله يكون على كل من الرهن بقدر ما عليه، لا بالكل كما هو واضح.

ولا يخفى أن الكلام فى المقام فى صحه الرهن وعدمها، أما الحق فى الإلزام فإنما يكون بعد الثبوت، فقبل الثبوت لا حق.

نعم للحاكم ذلك إذا رآه صلاحاً، احتياطاً على أموال الناس، لكنه فى كلا الحالين ليس على وجه التعيين، بل هو أحد أفراد التخيير الحاصل به الاستيثاق، مثل أن يأخذ ضامناً أو نحوه.

ومما تقدم ظهر وجه صحه أن يأخذ الرهن على كل الديه قبل حلول القسطين الآخرين فى الخطأ، والقسط الثانى فى شبه العمد، خلافاً لإطلاق الشرائع حيث قال: ويجوز الرهن على قسط كل حول بعد حلوله، وتفصيل القواعد حيث قال: ويجوز على كل قسط بعد حلوله فى الخطأ على العاقله، ومطلقاً فى غيره، وعللوا الأول بأنه لا استحقاق قبل الحلول، والثانى بأنه حيث كانت على العاقله لم تجب بعد، ولم يعلم إفضاؤها إلى الوجوب، لأن المستحق عليه غير مضبوط، لأن المعتبر منها بمن وجد حال الحلول جامعاً للشرائط، ولم يعلم، لاحتمال الجنايه والموت والافتقاد، فافترقت عن الدين المؤجل لتعيين المستحق عليه فيه، بخلاف العاقله.

ويرد على الأول: ما عرفت من شرعيه الرهن فى مثل المقام، لأنه عقلائى يشمله الإطلاق.

وعلى الثانى: إن احتمال الموت ونحوه مدفوع بالأصول العقلائيه، وإلا لم يصح تصرف ولى الأوقاف أو الصغار وغيرهم فى أمورهما بما يحتمل بطلانه بسقوطه عن الولايه بالموت ونحوه، كأن يستأجر العين الموقوفه عشر

سنوات، بينما لا حقّ له فی الولايه إلّا بقـدر حياته، حيث إن بعـده ولی آخر، إلی غير ذلک من الأمثله، ولـذا احتمل فی التـذكره جواز الرهن قبـل الحلول، لأصـاله بقـاء الحياه واليسار، وكما إذا مات المتولی ولم يجز المتولی بعـده ما فعله السابق يظهر البطلان كذلک فی المقام.

ومما تقـدم يظهر وجه النظر فی تفصـيل الدروس بين الخطأ، فلا يمكن أخذ الرهن قبل حلول الأجل لأنه لا يعلم المضـروب عليه عنـد الحلول، وبين شـبه العمـد، قال: يحتمل قوياً جوازه فيه علی الجانی لتعيينه، إذ قـد عرفت عـدم الفرق بينهما، وإذ صح الرهن يصح إذا كان الطرف بيت المال فيما كان عليه، كما قرر فی كتابی الديات والإرث.

ص:٧٥

مسأله ۱۶ الرهن علی ما لا یمکن استیفاؤه من الرهن

(مسأله ۱۶): قال فی الشرائع: لا یصح الرهن علی مال الجعاله قبل الرد.

أقول: وذلک لعدم استحقاق المجعول له المال قبل تمام العمل، فلیس ذلک رهناً.

وفی الجواهر: بلا خلاف أجده فیه.

ثم إنه لا فرق بین أن یشرع فی العمل أو لا، لما تقدم من العله المطرده فی الموضعین، خلافاً لما حکاه المسالک عن التذکره، فقد اختار جوازه بعد الشروع وقبل الإتمام، لانتهاء الأمر إلی اللزوم کالثمن فی مده الخیار، ورده بقوله: وفیه نظر، لعدم استحقاق شیء الآن وإن عمل أکثره، والفرق بینها وبین البیع فی زمن الخیار واضح، لأن البیع متی أبقی علی حاله انقضت مده الخیار وثبت له اللزوم، والأصل فیه عدم الفسخ، عکس الجعاله، فإن العمل فیها لو ترک علی حاله لم یستحق بسببه شیء، والأصل عدم الإکمال، انتهی.

ولا یخفی أن هذا التعلیل أشبه بالاستحسان، وإن ذکره غیر واحد، والعمده ما ذکرناه من عدم الاستحقاق إلّا بإتمام العمل، فلا یسمی رهناً لیشمله أدلته، ولذا ذهب المشهور کما عن الکفایه إلی عدم الرهن مطلقاً، وإن احتمل صحه الرهن بعد الشروع فی محکی الدروس، تبعاً للتذکره.

لا یقال: فکیف یستوثق المجهول له من أن الجاعل یفی بجعله؟

لأنه یقال: الاستیثاق یلزم أن یکون بما یصح، لا بما لا یصح، فتأمل.

نعم، لا إشکال ولا خلاف فی صحه الرهن بعد تمام العمل، لحصول الاستحقاق به، کما فی الجواهر وغیره، وعن التذکره کما فی مفتاح الکرامه وغیره الإجماع علیه.

ص:۷۶

قال فی الشرائع: ولا یصح الرهن علی ما لا یمکن استیفاؤه من الرهن، کالإجاره المتعلقه بعین المؤجر مثل خدمته، ویصح فیما قد بات فی الذمه کالعمل المطلق.

وبیّنه المسالک بقوله: لما کان الغرض من الرهن استیفاء الدین منه مع تعذر الوفاء أو لا معه، لم یصح الرهن علی الحق المتعلق بعین مخصوصه، کما لو أجره نفسه شهراً معیناً، أو داره کذلک، أو دابته المعینه لحمل معین ونحو ذلک، لأن تلک المنفعه لا یمکن استیفاؤها إلاّ من العین المخصوصه، حتی لو تعذر الاستیفاء منها لموت أو خراب ونحوهما بطلت الإجاره، بخلاف الإجاره المتعلقه بالذمه، کما لو استأجره علی تحصیل خیاطه ثوب لنفسه أو لغیره، فإن الواجب تحصیل المنفعه علی أی وجه اتفق، ومن أی عین کان، فیصح الرهن علیها، لإمکان استیفائها منه، انتهی.

وقد صرح بالحکمین المبسوط والتذکره والتحریر والقواعد والإرشاد والإیضاح والدروس واللمعه وغایه المرام والتنقیح وجامع المقاصد وإیضاح النافع والروضه ومجمع البرهان والکفایه، کما حکی عن بعضهم، ولا یخفی الإشکال فی المنع لعقلائیه الرهن الموجبه لشمول الأدله له، فإذا استأجر الخیاط بمائه لیخیط ثوبه فی هذا الأسبوع، فأی مانع أن یأخذ منه رهناً علی أنه إن لم یخط أخذ من الرهن قیمه الخیاطه، سواء بقیت مائه أو صارت أکثر أو أقل، والفارق الذی ذکروه بین الحکمین غیر فارق، ولذا قال فی الجواهر: یشکل ذلک بإطلاق أدله الرهن والاستیثاق للمال التی یکفی فیها الاستیفاء من الرهن فی بعض الأحوال، ثم نقل عن الدروس بأنه لو ارتهن المستأجر علی مال الإجاره خوفاً من عدم العمل بموت أو شبهه، فهو کالرهن

على الأعيان المضمونه، وقال: هو صريح فى الجواز هنا بناءً على الجواز هناک.

وکيف كان، فيصح لكل منهما أخذ الرهن من الآخر، الخياط من صاحب الثوب فى قبال أجرته، وصاحب الثوب من الخياط فى مقابل عمله الذى استحقه على الخياط، فإذا لم يف أحدهما بالعقد أخذ الطالب من الرهانه حقه، الذى قد يبقى بحجمه وقد يزيد أو ينقص بسبب التضخم أو التنزل.

نعم، إذا بطلت الإجاره بسبب من أسباب البطلان بطل الرهن، لتوقفه عليها.

وإذا عمل الخياط مثلًا نصف ما وجب عليه، كان لصاحب الثوب إبطال الإجاره لتبعض الصفقه، وإعطاؤه قدر عمله من جهه أن سعى كل إنسان حتى الغاصب لنفسه، ويرد عليه حينئذ العين المرهونه أو إبقاء الإجاره وإعطاؤه بالنسبه.

وكذا إذا لم يعط صاحب الثوب الأجره، فللخياط إبطال الإجاره وأخذ قدر حقه من الرهينه، أو إبقاؤها وأخذ قدر الأجره من الرهينه.

أما الثانى: فواضح.

وأما الأول: فهو شأن كل طرف سلم إلى الطرف الآخر حقه، ولم يتسلم ماله، إذ الوفاء بالعقد من الطرفين، فإذا لم يف طرف لم يلزم الوفاء من الطرف الآخر إما مطلقاً، أو إذا لم يمكن إجباره بواسطه الحاكم، وقد ذكرنا فى كتابى المضاربه والمزارعه من الشرح ما ينفع المقام.

مسأله ۱۷ الرهن على شيئين

(مسأله ۱۷): قال في الشرائع: ولو رهن على مال رهناً، ثم استدان آخر وجعل ذلك الرهن عليهما جاز، انتهى.

أقول: للمسأله صور:

حيث يصح أن يرهن لدين واحد ونحوه رهنين طولاً ـ أو عرضاً، بأن يرتهن الدائن في قبال ألف دينار له على المديون دار المديون ثم دكانه، أو أن يرهن داره ودكانه في عقد واحد بعنوان رهنين لا رهن واحد، مثل نكاحين في صيغه واحده، حيث اللفظ متحد أما العقد فهو اثنان.

وقد ذكرنا في بعض مباحث (الفقه) أن لكون الأمر عقدين في عقد واحد، أو عقداً واحداً، سواء في البيع أو سائر المعاملات، باستثناء مثل النكاح حيث لا يمكن عقد واحد على امرأتين أو لرجلين، يظهر الأثر في تعدد العقد بلفظ واحد أو وحدته، في مثل خيار تبعض الصفقه وغيره إذا بطل أحدهما، أو غبن في أحدهما دون الآخر، أو كان أحدهما معيباً، أو ظهر مستحقاً، إلى غير ذلك.

ثم إذا جعل شيئين طولاً رهناً لدين واحد، فإن كان متذكراً في رهنه الثاني رهنه الأول، لم يكن فيه مانع، لإطلاق أدله الرهن، وليس ذلك مثل البيع والنكاح ونحوهما مما لا يصح بالنسبه إلى شيء واحد فردان منها، إذ الرهن وثيقه وذلك يتحقق مره وأكثر، بخلاف البيع حيث إن الإنسان لا ـ يملك ملكه مره ثانيه، وبخلاف النكاح حيث المحلل لا يحلل ثانياً، أو يقال: الزوج لا يكون زوجاً مره أخرى.

وإن لم يكن متذكراً رهنه الأول بحيث لو كان متذكراً رهنه الأول لم يرهن، احتمل البطلان لارتكاز عدم إرادته، والعقود تتبع القصود، ومرادهم أعم من الارتكاز، ولذا يستدلون لصحه بيع الوقف وتبديله وما أشبه بالارتكاز،

واحتملت الصحه إذ ذلک من قبیل تخلف الداعی، والأقرب الثانی، وإن کان وجه الأول غیر بعید.

أما الفقهاء، فقد أطلقوا صحه الرهن الثانی مما یشمل کلیهما.

قال فی الجواهر: ولو زاد فی الرهن للدین الواحد جاز، بلا خلاف حتی من أبی حنیفه، ولا إشکال لإطلاق الأدله من غیر حاجه إلی إبطال الأول واستیناف عقد جدید، انتهی.

نعم، ینبغی أن یقید ذلک بما إذا لم یغره الدائن، أو غره بأنه لم یرهن لذلک الدین وقد کان ذاهلاً، فإن قاعده رجوع المغرور إلی من غر شامله للمقام أیضاً، مما یقتضی أن یکون له الخیار فی الإبقاء والفسخ.

أما بالنسبه إلی جعل نفس الرهن رهناً ثانیاً لنفس ذلک الدین فباطل، إذ لا یشمله الأدله، واحتمال أنه ممنوع عقلاً إذ هو کبیع الشیء مره ثانیه کالمره الأولی بین تحصیل حاصل غیر معقول، أو تأکید لا دلیل علیه، أو عدم أثر، وإنما قلنا احتمال إذ لما کان أحد المفاسد عدم الدلیل یخرجه عن کونه عقلیاً، إذ النتیجه تابعه لأخس المقدمتین، فهو ممکن لا یشمله الدلیل، مثل تعدد الخیار علی شیء واحد.

نعم، جعل الرهن رهناً ثانیاً لدین آخر، مقتضی القاعده صحته، سواء کان لدین آخر لنفس المرتهن أو لغیره.

والأول: هو المحکی عن المبسوط والخلاف وجامع الشرائع والتحریر والتذکره والإرشاد والدروس وغایه المرام وجامع المقاصد والمسالک وغیرهم، کما فی مفتاح الکرامه.

نعم، عن الدروس اشتراط فسخ الرهن الأول وتجدیده لهما، خلافاً

للمحكى عن أبى حنيفه، حيث منع الرهن الثانى مستنداً إلى أن الدين يشغل الرهن، ولا عكس، أى أن الزياده فى الرهن شغل فارغ والزياده فى الدين شغل مشغول، وفيه: إن التوثيق لشىء بشىء لا ينافى التوثيق به لشىء آخر قبله بأحد شرطين.

أما عدم علم المرتهن، سواء كان لدين آخر له أو لغيره مع قبول ذلك الغير، أو زياده الرهانه على الدين الأول بما يكفى الدين الثانى أيضاً، مع عدم محذور لأحد الدائنين يجعله مغروراً، حيث إن له حينئذ الإبطال للغرور لا بطلان أصل العمل.

وعلى هذا فصور للمسأله:

الأولى: أن يجعل رهناً عند نفس الدائن الأول مع علمه، وهذا صحيح مطلقاً، أى سواء كانت الوثيقه بقدر الدينين أو أقل.

الثانيه: أن يجعل رهناً عند نفس الدائن مع إغفاله، أو رهنه عند وكيله مثلاً، وهنا يأتى الكلام السابق فى مسأله الإغفال.

الثالثه: أن يحعل رهناً عند غيره مع علمهما، وهذا لا إشكال فيه أيضاً.

الرابعه: بدون علم أحدهما بالرهن عند الآخر، ولا محذور، وهذا أيضاً لا إشكال فيه، لإطلاق أدله الرهن الشامل لهما.

الخامسه: هى الرابعه مع المحذور، سواء كان المحذور مشكله فى رهن عند نفرين، أو أن الوثيقه أقل منهما، وفى هذه الصوره تتوقف الصحه على إجازتهما.

أما إجازه الأول: فلأنه تصرف فى حقه.

وأما إجازه الثانى: فلأنه أقدم على رهن ما لا محذور فيه، فإن ظهر فيه

محذور من مشكله أو قله الوثيقه عن الوفاء كان كالمعيب الذى له خيار العيب، فدليل «لا ضرر» ونحوه كما ذكروا فى خيار الغبن شامل للمقام.

نعم، لا حق للراهن فى الخيار، لأن العقد لازم من قبله بعد أن أقدم هو عليه.

وإذا فسخ أحد المرتهنين، فالظاهر بقاء الرهن الآخر، لعدم استصحاب الخيار بعد زوال سببه.

ومما ذكرنا ظهر وجه النظر فى كلام المسالك حيث قال فى وجه رهن الوثيقه مره أخرى: لعدم المانع منه مع وجود المقتضى فإن التوثيق بشىء لشىء آخر لا ينافى التوثيق الآخر به، خصوصاً مع زياده قيمته على الأول. إذ قد عرفت أنه تصرف فى حق الأول إذا كانت مشكله أو عدم وفاء الوثيقه بهما، وأنه إغفال للثانى فى إحدى الصورتين، فهو كالعيب.

وظاهر المسالك الصحه مطلقاً لا بإجازه.

كما ظهر وجه النظر فى كلام الجواهر، حيث قال بالصحه لعدم التنافى حتى لو كان الرهن لا يفى إلاّ بالدين الثانى، لإطلاق الأدله ووجوب الوفاء بالعقد، إلى آخر كلامه الذى فيه مواقع للنظر.

ثم إن مقتضى القاعده أن كل واحد من الرهنين أو الأكثر، رهن فى قبال كل الوثيقه، لا أن كل رهن أو الثانى خاص ببعض الوثيقه، إذ هو الارتكاز الذى يعقد العقد عليه، كالولايه للأب والجد، والخيار المتعدد، وبيع صاع من الصبره وصاع آخر، إلى غير ذلك.

وعليه فإذا سقط أحد الرهنين بقى الآخر متعلقاً بالكل، كما أنه إذا فك أحد الرهنين ولو بإسقاط أحدهما حقه من الرهن أو موته وإرث المديون له أو غير ذلك، وكان مما سبق أن لأحد الصاحبين حق الفسخ ولم يفسخ بعد، بقى

الرهن الآخر ولا حق لصاحبه فى الفسخ بعد أن زالت العله، وقد عرفت أنه لا استصحاب بعد ذلك.

ثم إنه إذا بيع المرهون فى أحد الرهنين وبقى من ثمنه شىء، كان مقتضى القاعده تحول الرهن الثانى إلى الثمن، سواء كان بقدره أو أكثر أو أقل، للارتكاز الذى ذكروا مثله فى الوقف والوصيه وغيرهما، كما أنه إذا بيع بعض المرهون فى أحد الرهنين بقى الباقى رهناً.

أما إذا بيع كل المرهون فى أحدهما ولم يبق منه شىء، بطل الرهن الآخر، إذ الثمن قد دفع فى قبال الدين بمقتضى الرهن، ولا وجه لتعلق الرهن بمال آخر للمديون، لكن ربما يقال: إنه إذا صار المال رهناً لأمرين لم يحق لأحدهما الاستبداد به، بل اللازم التقسيم بينهما بالنسبه، لأنه مقتضى الارتكاز فى العقد فى ما يرهن رهنين دفعه، وكذلك إذا كانا طوليين بموافقه كلا الدائنين، حيث إن معنى قبول الأول تنازله عن بعض حقه إذا كان الشىء لا يفى بهما، ومعنى قبول الثانى قبوله لأن يكون له بنسبه حقه فى الشىء المشترك، لا أن له كامل حقه.

وعليه فلا حق لأحدهما فى بيع الكل إلاّ بموافقه الآخر، ولو بيع الكل بدون موافقه أحدهما كان بالنسبه إلى قدر حق الآخر فضولياً، وهذا غير بعيد.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم وجه النظر فى كلام الجواهر، حيث قال: إن كان قد بيع الرهن فى الدين الأول قد يقوى بطلانه حينئذ، وإن فضل منه شىء لعدم تناول الرهانه للثمن فلم يبق له موضوع، إلى آخر كلامه، فإنه وإن ذكره فى صوره موت الراهن إلاّ أن تعليله عام، وقد أخذ ذلك من مفتاح الكرامه.

ولو رهن الراهن الوثيقه عند الثانى بدون اطلاع الأول، ثم زادت قيمتها

بما يكفى لهما بعد أن لم تكن كذلك، فالظاهر أنه لا حق لأيهما فى الفسخ بعد الاطلاع، بعد عدم لزوم الرهنين مشكله لأحدهما، إذ «لا ضرر» وتعلق حق الأول بالعين لا ينافى تعلق حق الثانى، فهو كما إذا باع صاعاً من صبره ثم باع صاعاً آخر، فإن تعلق حق الأول لا يوجب وقوف الثانى على إجازته.

أما أنه فى حال الرهن الأول لم تكن القيمه مساويه لهما، فلا يضر بعد أن صارت لهما، فإنه كان لهما الفسخ حال الضرر، فإذا ارتفع فلا عله للفسخ إلّا الاستصحاب الذى تقدم أنه لا يجرى لتبدل موضوعه، اللهم إلّا أن يقال به لأنه إذا ثبت دام، كما إذا باعه معيباً فزال عيبه قبل الفسخ، أو غبنه ثم زال الغبن قبل العلم، أو نكحها وكان لأحدهما عيب وقبل الفسخ زال العيب، إلى غير ذلك من الأمثله.

ولو انعكس الفرض بأن رهن العين ثانياً بدون علمهما فى وقت كانت تفى بهما ثم تنزلت، ولا مشكله خارجه حتى يكون لهما بسببهما حق الفسخ، أى أن حق الفسخ ناش من عدم وفاء الوثيقه بهما، فهل لكل منهما حق الفسخ، أو ليس لأحدهما، احتمالان:

الأول: من جهه أنه ضرر ناش من تصرف الراهن، حيث رهنه ثانياً، فلا ضرر يوجب عدم لزوم الرهن.

والثانى: لأنه حال الرهن الثانى لم يكن ضرر على أحدهما، والضرر بعد ذلك ليس موجهاً من الراهن، فهو كما إذا رهن الأول ما قيمته ألف فى قبال ألف، ثم تنزل إلى خمسمائه مثلاً.

لكن الأقرب الأول، إذ الضرر على كليهما ناش من رهنه الثانى، إذ لو لم يرهنه لم يتضرر أحدهما، والمسأله بحاجه إلى التأمل.

ومن الكلام فى تنزل وتضخم الوثيقه يعرف عكس المسأله وهو تنزل وتضخم الدين، مثلاً استدان منه الراهن شاةً قيمتها عشره، ورهن لديه ذهباً قيمته عشره، وكان الشرط إرجاع عين الشاه أو مثلها، ثم إن الشاه تنزلت إلى خمسه، أو ارتفعت إلى عشرين، وقد رهن الراهن الذهب رهناً آخر.

ولو أعطى المديون الدائن رهناً ثانياً لحدوث التنزل، ثم رجعت القيمه مثلاً، فإن كان الرهن مقيداً بما دام التنزل، بطل تلقائياً، أو مشروطاً به، حق للراهن فسخه، وإلاّ فلو كان التنزل من قبيل الداعى بقى رهناً، كما أنه إذا جعل الوثيقه لدين ثان بقيد كفايتها لهما ثم تنزلت بطل الثانى، وإن كان بشرط الكفايه حق للمشروط له الفسخ، وإن كان على نحو الداعى بقيت رهناً فى قبالهما، كل ذلك للقواعد الأوليه.

ثم إنه إن أعطى شيئاً ثانياً رهناً على الدين الأول فله صور:

الأولى: أن يجعلهما بمنزله رهن واحد، حتى يكون الحال كما إذا أعطاهما رهناً دفعةً واحده.

الثانيه: أن يجعل الوثيقه الثانيه لجزء من الدين، مثلاً استدان منه شاةً وجملاً ورهنه داره ثم رهنه فى قبال الشاه دكانه أيضاً.

الثالثه: أن يقول: أحدهما فى قبال أحدهما، بدون التعيين.

أما الأولى: فلا إشكال فى أنه ما دام الدين يكون الرهنان مقيدين، لأن حال الطولى حال العرضى، فكما أنه إذا جعل داره ودكانه فى قبال الشاه والجمل فى رهن واحد كان الانفكاك لهما مقيداً بالأداء الكامل، يكون الحال كذلك فى المقام.

ص:٨٥

وأما الثانيه: فالظاهر أن الرهن الأول يكون فى قبال كلا من الجمل والشاه، والثانى فى قبال الشاه فقط، فإن فك الجمل لم ينفك أحد الرهنين، وإن فكت الشاه انفك الرهن الذى فى قباله.

وأما الثالثه: فالظاهر أن جعل أحدهما فى قبال أحدهما لا يوجب تقليص الرهن الأول الذى كان فى قبالهما إلى أن يكون فى قبال أحدهما، إلاّ إذا فسخا الرهن الأول، وأنشئا عقداً جديداً بهذه الكيفيه، فالرهن الأول يبقى على ما كان عليه إذا لم يفسخا، والرهن الثانى تابع لمسأله هل أن مثل هذا الرهن صحيح فى نفسه، بأن يجعل داره مثلا رهناً فى قبال أحد دينيه من زيد، إما دينه الشاه أو الجمل، أو أن يجعل داره ودكانه أحدهما فى قبال أحد دينيه الشاه والجمل، فإن قلنا بالصحه لأنه عقلائى ولم يردع عنه الشارع، بل الإطلاق يشمله، فإن صح فى أصل الترديد صح فى المقام أيضاً، ويكون حاله حال ما إذا علم أن داره أو دكانه لزيد أو عمرو، حيث تقتضى قاعده العدل أن يكون نصفها لكلا الشخصين على التنصيف.

ومنه يعلم حال العكس، بأن جعل داره رهناً إما لدينه الشاه أو لدينه الجمل، سواء كانا لإنسان واحد أو إنسانين.

ومنه ظهرت مختلف الصور فى المسأله من التردد فى الراهن، أو الرهينه، أو المرتهن، لكن بناءهم فى الغالب عدم صحه التردد، وقد ذكرنا المسأله فى شرح العروه كتاب المضاربه، وذكرنا أن إشكال السيد الحكيم (رحمه الله) بأنه لا وجود للمردد غير صالح، للمنع.

وكيف كان، فإذا كان الرهنان فى قبال شىء واحد لا ينفك أحدهما إلاّ بالأداء الكامل، وإن كان كل فى قبال شىء انفك كل بأداء مقابله، وإن كان كلاهما فى قبال شيئين وأحدهما فى قبال أحدهما فقط، فإن أديا انفكا

وإن أدى أحدهما الذى فى قباله شيء واحد انفك ذاك.

ومما تقدم ظهر وجه النظر فى قول أبى حنيفه: إن الرهن المضاف يكون رهناً بالنسبه، وأن المضاف إليه يرجع إلى النسبه، مثلاً كان الدين ألفاً وكانت قيمه الرهن الأول ألفاً، وقيمه الرهن الثانى خمسمائه، يكون الرهن الأول فى قبال ثلثى الدين، والرهن الثانى فى قبال ثلثه وهكذا.

إذ قد عرفت أن إرجاع الرهن الأول إلى بعض الدين لا ـ يكون إلاّ ـ بالإقاله ورهن جديد، وأن إطلاق الرهن الثانى يقتضى أن يكون فى قبال كل الدين.

نعم، يصح أن يجعل الرهن الثانى فى قبال بعض الدين بالنسبه كالمثال، وبدون نسبه كأن يجعل فى المثال فى قبال نصف الدين، والنسبه المتخالفه كأن يجعل فى قبال ثلثى الدين، إلى غير ذلك.

وقد اعترض الجواهر على أبى حنيفه بأن فتواه لا شاهد لها، بل الشواهد على خلافها، وإن كان بعض كلام الجواهر أيضاً محل تأمل، يعرف مما قدمناه لمن راجعه.

ولو اختلفا فى أنه هل الرهن الثانى قبال الكل، أو البعض، أو فى قبال أى بعض، فالأصل مع مدعى الأقل فى الأقل والأكثر.

أما إذا قال أحدهما: إن الرهن الثانى كان فى قبال الشاه، وقال الآخر: فى قبال الجمل، فالمورد من التحالف.

ولو رهن الدار والدكان فى قبال طلبه منه ألفاً وشياه فى عقد واحد، فمقتضى القاعده أن يكون الكل فى قبال الكل إلاّ أن يصرح بالخلاف، لأنه المرتكز فى الأذهان، فلو قال أحدهما بعد العقد: إن قصدى كان خلاف المرتكز، فهل يقبل، لأنه ما لا يعرف إلاّ من قبله، وينتج بطلان الرهن، حيث لم يقع الإيجاب والقبول على شيء واحد إلاّ إذا نوى الثانى

أنه يقبل كيفما عقده الأول، حيث كان قصده تابعاً لقصد الموجب، ومثله كاف فى العبادات، فكيف بالمعاملات.

وقـد ورد: أن علياً (عليه السـلام) قـال: إهلالاً كإهلال رسول الله (صـلى الله عليه وآله) ((۱))، أو لا يقبـل، لأنه ادعاء للبطلان، والأصل الصحه، فهو كما لو باع قطيع شاه ببستان، ثم قال أحدهما: إنى قصدت أن الشياه السود فى قبال النخيل من البستان، لا فى قبال سائر الأشجار، وإنما سائر الأشجار فى قبال سائر ألوان الشياه، الظاهر الثانى، (وما لايعرف) لا يقاوم أصل الصحه.

ولو رهن صاعاً من صبره فى قبال دينه الدراهم، كان حسب نيتهما من كونه على سبيل الإشاعه، أو الكلى فى المعين، فلو لم يعينا فظاهر اللفظ المنصب عليه العقد بالارتكاز الكلى فى المعين.

ولو قال أحدهما: نويت ذاك، وقال الآخر: بل المشاع، فإن قال كل إن النيه منهما كما يدعى كان من مورد التحالف.

أمـا إذا قـال: كـل واحـد أنه نوى كمـا يـدعى، فهـل يبطـل لاختلاف القصود، أو يصـح على الكلى فى المعين، لأنه ظاهر اللفظ المدعى خلافه الموجب للبطلان خلاف أصل الصحه، الظاهر الثانى لما تقدم.

ومنه يعلم حال ما إذا ماتا ولم يعلم الورثه أن الرهن كان على أيه صوره، صوره اختلاف النيه الموجبه للبطلان، أو اتحاد النيه.

أما إذا لم يعلما هل أنه كان على الإشاعه، أو الكلى، فهل الأصل مع الأول لأنه مقتضـى التشريك فيؤخذ به، أو الثانى لأن الأصل عدم ابتلاء كل المال بحق المرتهن، احتمالان، لا يبعد الثانى.

وكذا إذا تعاملا ثم نسيا كيفيه المعامله فى الرهن أو غيره، كما إذا اشترى

۱- انظر الإرشاد: ص۹۲

منه صاعاً من صبره، ثم شكا فى أنه هل كان على نحو الإشاعه أو الكلى فى المعين، فإن الأصل مع الثانى، فإذا احترق بعضها كان ذلك من كيس البائع كما فى أطنان القصب.

قال فى الجواهر: ولو مات الراهن عن ولدين لم ينفك نصيب أحدهما بأداء حصته من الدين، كما أنه لو مات المرتهن عن ولدين فأعطى أحدهما نصيبه من الدين لم ينفك بمقداره من الرهن، وذلك لأنه قد تعلق الدين بكل جزء فى حياه المورث، وقد انتقل إلى الورثه على هذا الحال، انتهى.

وهو كما ذكره، نعم إذا رهن المورث دكانه فى قبال ألف، وداره فى قبال ألفين، ثم قسم الورثه الدار للولد والدكان للبنت فأعطى أحدهما ما يقابل الرهن انفك، ولا ربط له بالآخر كما هو واضح.

ولو رهن نصف داره على الإشاعه، فهل يصح بدون إجازه المرتهن أن يرهن ثانياً ربع داره على نحو الكلى فى المعين، وكذا لو رهن أولاً ـ على نحو الكلى فى المعين، ثم على الإشاعه، ربما يقال فى كلا الفرعين العدم، إذ كل واحد من الإشاعه والكلى فى المعين منتشر فى الكل، فكيف يكون متعلقاً لحق الثانى بعد أن تعلق به حق الأول، لكن الظاهر الصحه، للعقلائيه وعدم المحذور بالشرطين السابقين، أى أن لا يحدث الرهن الثانى مشكله للمرتهن الأول، وإلّا فله الخيار، وأن يكون بقدر كلا الرهنين لا أقل، فإذا رهن نصفه المشاع عند زيد ومائه ذراع من مائه وخمسين منها على نحو الكلى عند عمرو احتاج إلى إجازه الأول، حيث إن الدار لا تزيد عن نصفين، وقد رهن للثانى بقدر سدس زائد، لفرض أنها مائه وخمسون ذراعاً، ففى

هـذا القـدر الزائـد يحتاج إلى إجازه الأول، فإن لم يجز وقـد كان علم الثانى بالرهن الأول بطل بقدر الزائد، وصح بقدر النصـف عند الثانى، وإن لم يكن يعلم حق له خيار تبعض الصفقه.

ولو رهن نصف داره عنـد أحـدهما، وثلاثه أرباعهـا عنـد الآخر، وقـال كـل: أنا كنت المرتهن الأول، فلا يصـح قـدر ربع الـدار للمرتهن الثانى، كان من التحالف لتساقط الأصـلين، ولا ينفع تصـديق الراهن لأحـدهما، لأنه ليس ذا يـد على الربع الخامس، فإنه من باب السالبه بانتفاء الموضوع، وكذلك الحال إذا باع نصف المتاع لأحدهما وثلاثه أرباعه للآخر.

ثم إذا وقع التحالف فى الرهن أو البيع، كان الربع المختلف فيه مثلاً مجرى قاعـده العـدل، فيأخـذ صاحب الثلاثه الأرباع النصف، وصاحب النصف الربع، لعـدم الاختلاف فى هـذين، أما الربع الباقى فيقسم بينهما كدرهمى الودعى، أما على مناط الروايه فالربع يقسم بينهما نصـفين، لأن كل واحـد منهما يدعى تمام الربع، وأما على ما ذكرناه تبعاً لآخرين ـ حيث خصـصوا الروايه بموردها لأنها على خلاف القاعده ـ فالربع يقسم بينهما على النسـبه، وكيفيه تخريج الحساب على الأربعه المتناسبه، فيقال: لو كانت الدار خمسه أربـاع ـ بأن ضـمت إليها ربع من الخارج ـ كان لصاحب ثلاثه أرباع ثلاثه أرباع، أما والحال أن الـدار أربعه أرباع، فكم لصـاحب ثلاثه أرباع، ومن ضـرب الوسـطين أحـدهما فى الآخر، وتقسـيم الحاصل على الطرف الأول المعلوم أى خمسه، يكون خارج القسمه اثنين وخمسين.

وعليه فلصاحب النصف واحد وثلاثه أخماس، ومن الممكن إجراء

الأربعه المتناسبه فى حقه أيضاً، بأن يقال: لو كانت الدار خمسه أرباع، كان لصاحب النصف ربعان، أما الآن فحيث إنها أربعه أرباع فكم له، فيقسم الثمانيه حاصل ضرب الاثنين فى الأربعه على الطرف (الخمسه) فالخارج واحد وثلاثه أخماس.

وبذلك تظهر كيفيه أخذ النسبه، بأن تجمع الكسور إن كان الكل كسوراً، مثل ما إذا رهن زيداً نصف داره، وعمرواً ثلثها، وخالداً ربعها، وبكراً خمسها وهكذا، ويقال: إنه إذا كان لديه كذا من الدور، كان القدر الفلانى لزيد مثلا، فإذا كان لديه دار واحده (أى نصفان، أو ثلاثه أثلاث، أو أربعه أرباع، وهكذا) فكم لزيد، وإنما يجعل الثالث من الأربعه المتناسبه مخرجاً يجتمع فيه الكل.

مثلاًـ فى رهن النصف والثلث والربع يكون المخرج اثنى عشر، فيقال: إذا كان له ثلاثه عشر جزء من اثنى عشر، كان لصاحب النصف سته. أما الآن حيث له اثنى عشر من اثنى عشر فكم له، وهكذا، وطريق معرفه المخرج بالنسب الأربعه، أى التباين بالضرب، والتوافق بضرب وفق أحدهما فى الآخر، والتداخل بالاكتفاء بالأكثر، والتمائل بأخذ أحدهما، مثل الثلاثه والأربعه فى الأول، والسته والثمانيه فى الثانى، والثلاثه والسته فى الثالث، والخمسه والخمسه فى الرابع.

أما إذا كان المرهون صحيحاً وكسراً، مثل أن رهن داره لزيد ونصفه لعمرو، فاللازم أن يعمل التجنيس، ليظهر الكل كسراً بتحويل الصحيح إلى أقل كسر فى الفرض، مثل ثلاثه أنصاف فى الواحد، والنصف وسبعه أرباع فى المضاف إليهما الربع أيضاً، وفى الواحد النصف والثلث والربع يكون الكسر

الجامع خمسه وعشرين على اثنى عشر، لأنه أقل عدد يمكن أن يكون له واحد ونصف وثلث وربع، فالكسور يؤخذ مخرجها بالنسب الأربعه، ويضاف على الحاصل أى المخرج المذكور بقدره فى ما إذا رهنه كاملاً مره، وبضعف قدره إذا رهنه مرتين، وهكذا.

فإذا رهن داره كامله لزيد، ثم كامله لعمرو، ثم نصفها لبكر، وثلثها لخالد، وربعها لخويلد، كان الجامع سبعه وثلاثين على اثنى عشر، ثم يعمل بالأربعه المتناسبه بعد ذلك، لإخراج قدر حق كل واحد.

مسأله ۱۸ شرائط طرفی الرهن

(مسأله ۱۸): قال فی الشرائع: یشترط فی الرهن کمال العقل وجواز التصرف، ولا ینعقد مع الإکراه.

أقول: المراد بکمال العقل مقابل الجنون ولو خفیفاً، لا مقابل الأدواری فی دور إفاقته، إذ معاملته صحیحه، بلا إشکال لإطلاق الأدله، ولا یصح من المجنون ممن یطلق علیه هذا اللفظ، أو یقال له لیس بعاقل کالمعتوه، فإن الجنون فنون.

وکذا لا یصح من غیر البالغ، وقد ذکر المسالک والجواهر وغیرهما عدم الصحه منهما لسلب العباره، فلا ینفع ولو مع الإجازه، وکأنه لدلیل رفع القلم، وعمد الصبی خطأ، ونحوهما مما ذکرنا تفصیله فی کتاب المضاربه وغیرها، لکن فیه: إن کون عباره الصبی کعباره المجنون مسلوبه غیر ظاهر الوجه، فإذا رهن المراهق بإجازه الولی، أو أجازه بعد صح، والأدله المذکوره منصرفه إلی الاستقلال.

أما جواز التصرف المقابل للسفیه والمملوک، بل وغیر ذلک، فإنه إنما یوجب عدم اللزوم، لأنه فضولی، لا أنه لا ینعقد حتی لم ینفع الإجازه، فالسفیه محجور لا مسلوب العباره، کما حقق فی کتاب الحجر.

والمملوک إذا أجازه السید جاز، لأنه لم یعص الله، وإنما عصی سیده کما فی النص، وغیر المالک یشمله دلیل الفضولی.

أما الاختیار، فإذا کان مکرهاً کرهاً لا یسلب اختیاره کان مثل الفضولی، فی أنه إذا أجاز جاز، لأن العقد جامع للشرائط، وإنما ینقصه الاختیار، فإذا کمل بذلک شمله (أوفوا بالعقود)، واحتمال شمول دلیل الإکراه له مطلقاً حتی إذا أجاز، خلاف کون الدلیل المذکور امتناناً.

نعم، إذا كان إكراهاً مخرجاً له عن القصد لم يصح، وإن تعقبه القصد والرضا، كما ذكره المسالك والجواهر، وإنما لا يصح وإن لحقه القصد، لأن العقد لا يكون (عقدكم) المستفاد من (أوفوا بالعقود) إلاّ إذا قرن العقد بالقصد، كما هو الظاهر من الآيه، وإلاّ صح إذا أجراه النائم والهازل ونحوهما ثم قصد، وذلك واضح البطلان.

ثم إنه لا بأس برهن المضطر كبيعه وغيره، لإطلاق الأدله، وعدم شمول دليل الاضطرار له للانصراف، وإلاّ لزم أن يكون الشارع زاده اضطراراً فوق اضطراره، فإذا احتاج ولده للدواء مما اضطر إلى بيع كتابه بطل البيع ولم يحصل على دواء ولده فيموت لحكم الشارع ببطلان بيعه.

كما يشترط فى صحه الرهن أن يكون مالكاً، أو بحكم المالك كالمستعير على ما يأتى، والولى للطفل والمجنون والوكيل ونحوهم.

وعليه فيجوز لولى الطفل رهن ماله، كما يجوز له إقراض ماله برهانه وبدونها مع المصلحه، بل ومع عدم المفسده على ما ذكروا من أن المراد بقوله سبحانه:(بِالَّتی هِيَ أَحْسَنُ)(۱) ما لا مفسده فيه، وقد ذكرنا فى كتاب النكاح بعض الكلام فى ذلک.

ولو رهن بظن الصلاح فبان فاسداً، فإن عمل حسب الموازين العقلائيه صح، وإلا ظهر البطلان، إذ لم يكن مخولاً لمثل ذلک، وإن رهن ظاناً الفساد فبان صلاحاً كان صحيحاً، إذ الأمر دائر مدار الواقع إلاّ فى ما خرج كالصوره السابقه، حيث إن الولى مكلف بالعمل حسب الموازين العقلائيه.

۱- سوره الأنعام: الآيه ۱۵۲

ومما تقـدم ظهر أنه لو أدى ماله ديناً فى قبال رهن دار، وكان ذلك صـلاحاً، ثم حـدث التنزل فى الـدار مما سـبب أن كان بيعها لاستيفاء ثمن الـدين على نصف الـدين لم يكن ضامناً، وكذلك إذا انعكس بأن ارتفعت القوه الشـرائيه للنقد، إلى غير ذلك من الأمثله.

ولو انعكس الأـمر بـأن أعطى مال الطفل ديناً فى قبال رهن دار تسوى نصف الـدين، وكان ذلك خلاف الصـلاح، ثم تضـخمت القيمه، أو ضـعفت القوه الشـرائيه للنقد بما صار صلاحاً، لم يكن عليه الفسخ، وكشف ذلك عن عدم بطلان المعامله، لأنه داخل فى الصوره التى ذكرنـا أنه عامل بزعم الفساد فبان صـلاحاً، إذ ظهور الصـلاح لا يختلف إن كان فى نفس الوقت صـلاحاً ويزعم فساده، أو كان فساداً لو لا الطارئ.

وقـد ذكر الفاضـلان وشـراحهما صوراً للصـلاح والفسـاد، وحيث إنهـا لاـ تنضـبط من جهه اختلافهمـا باختلاف الأزمنه والأمكنه والأحوال، فالأولى إيكال الأمر إلى الضابطه المذكوره، كما أشار إليه الجواهر.

وممـا تقـدم يعرف حـال مـا إذا كبر الطفل، أو أفاق المجنون، ورأى ما رآه الولى صـلاحاً فساداً، أو بالعكس، حيث إن الولى إذا كان عمل فى دائره صلاحيته لم يكن له الاعتراض والتغيير، وإلا كان له ذلك، كما أن حال الولى الثانى بالنسبه إلى الولى الأول كذلك.

وإذا كـان هنـاك قرض للطفـل بـدون رهن من مـاله، وقرض بمـا له، قـدم الأـول لأنه أصـلح بحاله، إلّا إذا كان محـذور يوجب تساويهما، أو ترجيـح ما مع الرهن على غيره فيتساويان، أو يقـدم مع الرهن، وكـذلك حال عكسه، فإن كان فى قرض مال الطفل مصلحه، الأعم من عدم

الفساد، وكان ممكناً أخذ الرهن وبدون أخذ الرهن، قدم الأول، إلاّ فى صوره التساوى أو ترجيح بدون الرهن.

وكذا الحال إذا كان رهنان أحدهما أقل والآخر أكثر يعطيان من مال الطفل، قدم الأقل، أو رهنان يؤخذان للطفل قدم الأكثر إلا فى الاستثنائين.

واللازم الفحص عن الافضل عطاءً وأخذاً، فحصاً بقدر المتعارف الموجب لصدق (التى هى أحسن) المنضم إلى (إن تخالطوهم فإخوانكم) و(أن يعلم المفسد من المصلح)، حيث يفيدان بعد الانضمام المتعارف، لا الأحسن الذى هو أفعل تفضيل مما ليس يدقق فى مثله العقلاء، خصوصاً بقرينه المفسد من المصلح، فإذا فحص بالقدر المتعارف ولم يجد الأحسن فرهن أو ارتهن ثم ظهر وجود الأحسن لم يضر، فلا يصح التمسك بأصاله العدم فى ترك الفحص المتعارف، فقول الجواهر: لكن لا يجب تطلبه مع وجود الفرد الأدنى، فيكفى حينئذ فى نفيه أصاله عدم حصوله، محل نظر.

أما بالنسبه إلى المبادره وعدمها فيأتى الكلام السابق، فربما تكون المبادره أحسن عرفاً، وربما يكون التأخير أحسن، كما أنه كذلك بالنسبه إلى الاقتراض والإقراض والرهن والارتهان من القريب أو الغريب، والبلد وغير البلد، وخصوصيات الأمور المذكوره من رهن أو ارتهان الدار أو الدكان، مع الشهود الفلانى أو الفلانى، إلى غير ذلك من الخصوصيات التى لا حصر لها.

فلو فعل خلاف المصلحه فحصل عطب كان ضامناً، بخلاف ما إذا فعل وفق المصلحه فعطب، أو خلاف المصلحه فى نظره فظهر أنه كان فيه مصلحه، أو خلاف المصلحه ثم تحول إلى المصلحه، فإن فى هذه الصور لا ضمان، كما ألمعنا إليه قبلا.

ص:٩٦

ومما تقدم ظهر حال سائر شؤون الطفل، من الإسلاف له، أو إعطائه نسيئه، أو الاشتراء والبيع والإجاره والصلح والمزارعه والمساقاه والمضاربه والعاريه والوديعه وغيرها له، عطاءً أو أخذاً.

وبعد ما ذكر من الميزان لا يهم الكلام فى أن المقترض أو المرتهن أو غيرهما من الطفل مسلم أو كافر، ثقه أو عدل أو غيرهما، نفس الولى أو غيره، وإن ذكر الفقهاء خصوصيات كثيره بهذا الصدد.

ففى صحيح أبى الربيع، أنه سأل الصادق (عليه السلام)، عن رجل ولى يتيم فاستقرض منه، فقال (عليه السلام): «إن على بن الحسين (عليهما السلام) كان يستقرض من مال أيتام كانوا فى حجره، فلا بأس بذلك»((1)).

وفى صحيح منصور بن حازم، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل ولى مال اليتيم أيستقرض منه، قال (عليه السلام): «إن على بن الحسين (عليهما السلام) كان يستقرض من مال أيتام كانوا فى حجره»((2)).

وزاد فى روايه صحيحه: «ولا بأس بذلك» كذا فى الحدائق.

وروايه أحمد بن محمد بن أبى نصر، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام)، عن الرجل يكون فى يده مال لأيتام فيحتاج إليه فيمد يده فيأخذه وينوى أن يرده، فقال: «لا ينبغى له أن يأكل إلّا القصد ولا يسرف، وإن كان من نيته أن لا يرده عليهم فهو بالمنزل الذى قال الله تعالى:(إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا)((3))».

وفى خبر ابن اسباط: «إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا

1- وسائل الشيعه: ج12 ص192 الباب76 ح1 وذيله

2- وسائل الشيعه: ج12 ص192 الباب76 ح1 وذيله

3- سوره النساء: الآيه 10، انظر الحديث فى تفسير العياشى: ج1 ص224 ح42

بأس، وإن لم يكن له مال فلا تعرض لمال اليتيم»((۱)).

ونحوه خبره الآخر((۲)). إلى غيرها من الروايات.

وقد ظهر مما تقدم، أنه لو كان العرف فى الاتجار به فأقرضه أو اقترضه كان من غير الأحسن المأمور به فى الآيه، وكان تصرفه فيه باطلا، لأنه غير مأذون فيه.

نعم، يقع الكلام فى أنه هل يضمن هنا، وفيما لو كان الاتجار عرفياً فلم يتاجر اعتباطاً مما سبب عدم الربح، ربما يقال بذلك، لأنه عرفاً سبب الضرر عمداً، إذ عدم الربح ضرر عرفى، وكذلك إذا كانت معاملتان إحداهما أربح فأقدم على غير الأربح، حيث التفاوت خساره عرفيه، وكذا إذا كان اللازم إشغال الطفل فلم يشغله مما سبب عدم ربحه.

كما أن فى قبال ضمانه أصاله عدم الضمان بعد أن هذا ليس ضرراً حقيقه، وإنما عدم الربح، والآيه والروايه والفتوى لم تدل على ضمان عدم الربح.

نعم، إذا لم يوجر داره أو دابته أو ما أشبه كانت خساره، وعليه التدارك. وكذا إذا لم يسكنه فى غرفه موقوفه واستأجر له، فإنها خساره يلزم التدارك، وحيث الاحتمالان الضمان وعدمه، فالمسأله بحاجه إلى التأمل والتتبع، وإن كان عدم الضمان أقرب إلى كلماتهم.

نعم، لا إشكال فى أن بعض الأشياء لا يعد خساره، كما إذا أمكنه زواجها بما يوجب كون النفقه على الزوج فلم يزوجها مما سبب حملها نفقه نفسها، إلى غير ذلك مثل التسبيب إلى طلاقها بعد الزواج، أو زوج المراهق بما

۱- وسائل الشيعه: ج۱۲ ص۱۹۰ الباب۷۵ ح۱

۲- وسائل الشيعه: ج۱۲ ص۱۹۰ الباب۷۵ ح۳

أوجب نفقه زوجته، فيما كان الزواج عرفياً، أما إذا لم يكن لم يبعد كون النفقه على الولى، لأنه من مصاديق الخساره.

ثم إنه إذا كان الأمر متعارفاً لا يسمى إخساراً، بل إصلاحاً كما فى الآيه، لا يضر كون المعامله بماله خطراً، كسفر البحر فى السابق مثلاً، نعم إذا أمكنه درء الخطر فلم يفعل، كما إذا أمكنه التأمين، وكان متعارفاً فلم يفعل كان ضامناً.

أما جعل نفس الطفل فى التأمين مع التعارف إذا لم يفعله، فهل يضمن إذا مرض بما أوجب صرف المال بعلاجه زائداً على حق التأمين، لأنه سبب الخساره، أو لا يضمن، احتمالان.

نعم الظاهر مع تعارف التأمين على دكانه وسيارته وما أشبه، إذا لم يفعل كان ضامناً، لأنه من الإفساد والتصرف بغير الصلاح، فهو كعدم المواظبه على الدابه مما سبب عقرها أو عطبها.

نعم لا إشكال فى عدم الضمان بعدم جعل ماله فى البنك الربوى، فإن عدم استفادته الربا، وكذلك عدم جعل ماله فى تجاره الخمر والخنزير وما أشبه لا يسبب ضمانه، بل جعل ماله فى المذكورات محرم، وإذا ربح فلم يمكن الرد على أصحابها، لزم معامله مجهول المالك بالزائد، وإذا جعله وخسر كان عليه الخساره.

أما إذا كان التعارف جعل الدار وما أشبه فى التثمين، كما يتعارف فى الخليج فلم يفعل، فهل يضمن التفاوت أولا، تابع للمسأله السابقه فى عدم الاتجار لما من شأنه الاتجار.

ولو جعل الأب للطفل قيّمين فرأى أحدهما الصلاح فى الرهن أو الارتهان أو ما أشبه دون الآخر، عمل كل بقدر حصته إذا لم يكن القيمومه اجتماعيه بقيد كل منهما بالآخر، ولم يكن المال غير قابل للتفكيك، كدار له لا يمكن رهن بعضها دون بعض، وإلا فلدى التنازع المرجع الحاكم الذى يتبع رأيه، والمخالف لرأيه وأن كان مجتهداً يلزم عليه الرضوخ، كما ذكرناه فى كتاب القضاء وغيره.

ولو كان للطفل خمر وخنزير حراماً، لأنه مسلم، فرهنهما عند مسلم آخر ــ فى غير الخمر المحترمه المعده للتخليل، وغير الخنزير المتخذ لأجل الاستفاده من شعره فى الحبل، وجلده فى السقاء، وشحمه فى مثل طلى السفن، ولحمه لإطعامه السباع والكلاب وما أشبه إذا قلنا بصحه كل ذلك، وأنه يوجب حق الاختصاص الذى يصح جعله رهناً ــ بطل الرهن، لأن الشارع لم يعتبره، فالأدله لا تشمله.

ولو كان لكافر فرهنه عند كافر صح، إذا راجعونا، لأنهم ملزمون بما التزموا به، وإذا كان لمسلم فرهنه عند كافر، فهل يصح لقاعده الإلزام، فهو مثل أخذنا التعصيب فى الإرث وغيره، أو لا يصح لأن الصحه عندهم لا تتعدى إلينا، كما أنها إذا كانت مجوسيه لا يصح للمسلم الذى هو أخ لها نكاحها بحجه قاعده الإلزام، احتمالان، والثانى هو مقتضى الصناعه، فإذا فعله كان الرهن باطلاً.

ومنه يعلم العكس، وهو ما إذا كان لكافر فرهنه عند مسلم، وإذا فعل ولم يدفع الكافر المقترض دينه، فهل له أن يبيعه من كافر، لقاعده الالزام، ولقوله (عليه السلام): «بيعا ممن يستحل»([1])، ولما دل على صحته أخذ ثمن الخمر والخنزير

١- الوسائل: ج١٢ ص٦٨ ح٢

منهم، فمناطه آت فی المقام.

قال داود بن سرحان: سألت أبا عبد الله (علیه السلام)، عن رجل کانت له علی رجل دراهم فباع خنازیر أو خمراً وهو ینظر فقضاه، قال (علیه السلام): «لابأس»((1)).

أما للمقضی فحلال، وأما للبائع فحرام ومثله غیره، مما ذکروه فی کتاب الجهاد والتجاره وغیرهما.

أما تخصیص العلامه وغیره ذلک بما لو لم یکن البائع مسلماً، فغیر ظاهر، لا للإطلاق، بل جعله للمقضی حلالاً دون البائع دلیل علی أن المقضی مسلم، وإلا فالکافر مکلف بالفروع، فلا وجه للتفکیک بینهما.

وکیف کان، ففی المسأله احتمالان، وسبیل الاحتیاط واضح.

ثم إنه لا تعارض بین الارتهان للطفل، وکراهه الرهن علی المؤمن إذا کان الارتهان له من المصلحه والأحسن، لدوران الأمر بین المهم والأهم، ففیه لا کراهه، بل لا یعلم الکراهه مطلقاً قبل ظهور الإمام (علیه السلام).

فعن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: «من کان الرهن عنده أوثق من أخیه المسلم فالله منه بریء»((2)).

وعن سالم قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام)، عن الخبر الذی روی: إن مَن کان بالرهن أوثق منه بأخیه المؤمن فأنا منه بریء، قال (علیه السلام): «ذلک إذا ظهر الحق وقام قائمنا أهل البیت علیهم السلام»((3)).

وفی الوسائل، جمع بین الروایتین قائلا: الظاهر أن المخصوص بزمان

١- الوسائل: الباب ٦٠ من أبواب ما یکتسب به ح٢ و٣ و٤

٢- وسائل الشیعه: ج١٣ ص١٢٣ الباب٢ ح١، عقاب الأعمال: ص٢٣ وفیه: « فأنا منه بریء »

٣- وسائل الشیعه: ج١٣ ص١٢٣ الباب٢ ح٢، التهذیب: ج٢ ص٦٦

ظهور القائم (عليه السلام) هو التحريم، لا الكراهه.

أقول: هو جمع غير ملائم.

وكيف كان، فإذا رهن ولى الطفل أو المجنون ثم كبر أو أفاق فقال: إنه كان خلاف المصلحه، فالأصل مع الولى، إلّا أن يثبت، لأنه أمين وليس عليه إلّا اليمين.

ص:١٠٢

مسأله ١٩ شروط أحدهما على الآخر

(مسأله ١٩): قال فى الشرائع: وإذا شرط المرتهن الوكاله فى العقد لنفسه أو لغيره، أو وضع الرهن على يد عدل معين لزم، ولم يكن للراهن فسخ الوكاله على تردد، انتهى.

أقول: قد يكون الشرط من الراهن، وقد يكون من المرتهن، مثلًا يشترط الراهن أن يكون الرهن بيد زيد، أو بيد نفس المرتهن، أو بيد نفس الراهن، فإن ذلك ممكن بعد أن يسجل كونه رهناً فى محضر الشرع، مما لا يتمكن الراهن من التلاعب به، والشرط من المرتهن أيضاً صحيح، سواء كان شرطاً بنتيجه كأن يكون له حق الدخول فى بستان الراهن مده الرهن حيثما رهنه الدار مثلاً، أو شرطاً بما لا يتحقق إلّا بالعقد كاشتراط أن يزوجه بنته، أو شرطاً بما يتحقق بهما كاشتراط أن يكون المرتهن وكيلا حالاً فى بيع الرهن إذا لم يف، أو أن يوكله، أو أن له البيع بدون وكاله، إذ الإذن غير الوكاله كما حققناه فى كتاب المضاربه، وإن أشكلنا على المغايره بينهما فى كتاب التقليد، فمن إذن لغيره فى دخول داره أو أكل طعام أو ما أشبه لم يكن ذلك وكاله، وإنما هو إذن، وإذا وكله فى عقد لازم ثم ندم كانت الوكاله، وإن لم يكن الإذن، فتأمل.

وكيف كان، فالمشروط منهما يحق له رفع يده عن شرطه.

أما المشروط عليه فلا حقّ له فى ذلك، لأن المؤمنين عند شروطهم مما يقتضى الوضع أيضاً، فإذا شرط المرتهن على الراهن أن يكون وكيله فى البيع صار وكيلاً له الآن، إذ الوكاله أمر عرفى قرره الشارع، والعرف يرى حصولها بنفس ذلك، فليست مثل قوله: أن تكون ابنتك مزوجه لى، حيث إن الزواج يحتاج إلى العقد.

وإذا شرط إذنه صار مأذوناً، وإذا شرط أن يوكله لم يصر وكيلًا ولا مأذوناً،

وإنما احتاج إلى الوكاله بعـد الرهن، فإذا وكله فهو، وإذا لم يوكله حق له إجباره، لأنه حق المرتهن كإجبار الحاكم الزوج بطلاق زوجته إذا لم يمسكها بالمعروف، إلى غيره مما ذكروه الفقهاء فى مختلف أبواب المعاملات وغيرها.

ثم إن إطلاق الرهن، لما لم يقتض كون المرتهن وكيلاً أو مأذوناً فى البيع، كان له هذا الشـرط فى ضـمن عقد الرهن أو غيره من العقود اللازمه.

أما إذا شـرطه فى ضـمن عقد جائز لم يفد اللزوم، لما ذكرناه فى كتاب المضاربه وغيره أن أصل العقد إذا لم يكن لازماً لم يكن الشرط فى ضمنه لازماً أيضاً.

نعم، إذا كـان العرف عنـد الراهن والمرتهن كون وكالته فى البيع من الأمور الملحوظه فى الرهن حتى كان من الشـرط الضـمنى، مثل شرط الصحه، وعقدا على ذلك ولو ارتكازاً، لم يحتج إلى ذكر الشرط لفظاً.

وكيف كـان، فيجوز اشتراط المرتهن ذلك لنفسه أو لوارثه أو لأجنبى، أو له حياً ولوارثه ميتاً، إلى غير ذلك، كل ذلك لإطلاق أدله الشرط.

أمـا لو شـرط الوكاله، أو أنه حقه، فهل ينتقل إلى وارثه إذا مات، ظاهر المسالك العـدم، قال: يجوز اشتراط كونه وكيلاً فى عقد الرهن، لأنه من الشروط السائغه، وكذا يجوز اشتراطها لوارثه من بعده، انتهى.

لكن ربمـا يحتمـل أن يكون ذلك من الحقوق الموروثه إذا لم يقيـد بكونه له فقط، إذ لا وجه لعـدم الإرث بعـد إطلاق ما تركه الميت من حق فلوارثه، بضـميمه رؤيه العرف كونه حقـاً، وأنه إنمـا جعله شـرطاً لئلاـ يبتلى بالاحتيـاج إلى الحاكم ونحوه، ونفس العله موجوده فى الوارث، كما فى عكسه، إذا اشترط الراهن

أن يكون الرهن عنده لأنه داره مثلاً وهو جالس فيها، فإنه إذا مات ورث هذا الحق ورثته.

وكيف كان، فهذا غير بعيد، وقد ذكرنا في كتاب الإرث تفصيلا حول الحقوق التي تورث، فإذا شرط المرتهن على الراهن أن يكون له البيع، فهل هو حق له إسقاطه، أو حكم، الظاهر الأول، فليس مثل حق السلام وعياده المريض وتشييع الجنازه مما لا يمكن إسقاطه، ولذا فالظاهر أن له مبادلته، أو إسقاطه بعوض، إذ رؤيه العرف كونه حقاً كاف في ترتيب آثاره عليه.

إنما الكلام في أنه هل للراهن فسخ الوكاله بعد أن جعلت شرطاً عليه في ضمن العقد، قولان، أحدهما الجواز، واستدل لذلك كما في المسالك وغيره، بأمور:

الاول: إن الوكاله من العقود الجائزه، ومن شأنها تسلط كل منهما على الفسخ.

الثاني: إن الشرط لا يجب الوفاء به، وإن كان في عقد لازم، بل غايه الشرط تسلط الشارط على فسخ العقد المشروط فيه.

الثالث: إن الشرط إنما يلزم الوفاء به إذا كان في عقد لازم من الجانبين، والرهن ليس لازماً من طرف المرتهن، لأن له حق رد الرهن.

وفي الكل ما لا يخفى.

إذ يرد على الأول: إن جواز الوكاله من حيث نفسها لا ينافي لزومها من جهه الشرط، بدليل «المؤمنون عند شروطهم»، كما أنها تكون لازمه بالنذر والعهد وما أشبه.

وعلى الثاني: إن ذلك خلاف «المؤمنون عند شروطهم»، وسواء كان الشرط الوكاله أو أن يوكل فقد لزم عليه ذلك، وهذا ما ذكروه في باب الشرط.

قال علي (عليه السلام) كما في روايه: «من باع جاريه فشرط أن لا ـ تباع ولا توهب، فإنه يجوز كله غير الميراث، وكل شرط خالف كتاب الله فهو رد إلى كتاب

الله، ومن اشترى جاريه على أن تعتق أو تتخذ أم ولد فذاك جائز والشرط فيه لازم»([(۱)](#content_note_106_1)).

والعمـده نصوص «المؤمنون عند شـروطهم» مما ظاهره لزوم الشـرط، هذا بالإضافه إلى النقض بالنكاح المشـروط فيه، فهل يقال: بأن الشرط يوجب تسلط الشارط على الفسخ، وإذا لم يقل ببطلان الشرط فى النكاح مطلقاً لزم القول بأن غير النكاح مثله، لاتحاد الدليل فى المقامين.

وعلى الثالث: إنه أى دليل على التفصيل المـذكور، فإن الشـرط لازم إلاّ فى العقـد الجائز مطلقاً، لإطلاق دليل الشـرط، بل ناقش حتى فى الشرط فى العقد الجائز جمع، وقالوا بلزومه أيضاً كما ذكرنا تفصيله فى كتاب المضاربه.

فعقـد الرهن لمـا كـان من طرف الراهن لازمـاً، كـان ما يلتزمه الراهن لازماً من قبله، عملاً بمقتضـى اللزوم، بل ربما يقال: إن أى دليـل على جوازه من طرف المرتهن، فـإن مقتضـى «المؤمنون عنـد شـروطهم» و«أوفوا بـالعقود» لزومهمـا عليه أيضـاً، إلاّـ إذا قبل الراهن بفسـخ الرهن، والقول بـأن كونه لنفع المرتهن ينـافى اللزوم غير ظـاهر، إذ هو وجه اسـتحسانى لاـ يقـاوم إطلاق أدله لزوم العقد، فإذا لم يقبل الراهن الفسخ لمصلحه له فهل يلزم بذلك، ومن أين الإلزام، فتأمل.

وكيف كان، فهذه الوجوه لا تفى بجواز فسخ الراهن للوكاله، وعليه فقول من لا يجوزه هو مقتضى القاعده، ولذا قال فى الجواهر عند قول الشـرائع: لزم ولم يكن للراهن فسخ الوكاله: وفاقاً للمشـهور بين الأصـحاب نقلاً وتحصـيلاً، بل عن السرائر نسبه الخلاف فيه إلى أهـل الخلاـف، مشـعراً بعـدمه بيننـا، ولعله كـذلك، فإنى لم أجـده إلاّ من الشـهيد فى اللمعه، بناءً منه على ما سـمعته من مذهبه من عدم اللزوم فى نحوه من الشروط فى العقود اللازمه، وقد عرفت

۱- المستدرک: ج۲ ص۴۸۶ الباب۱ من أبواب بيع الحيوان ح۱

ضعفه، إلى آخر كلامه، وإن كان فى بعض كلامه ما تقدم، حيث إنه قال: نعم، لو وقع الشرط على المرتهن أمكن عدم لزومه عليه باعتبار أن له فسخ العقد المشروط فيه، إذ قد عرفت أن مقتضى القاعده اللزوم أيضاً.

ثم إنك قد عرفت أن الوكاله المجعوله للمرتهن فى بيع الرهن على قسمين:

إما خاص بالراهن والمرتهن، وإما حق له، والبطلان بموت أحدهما إنما هو فى الخاص، ووجهه واضح، حيث إن العقد لم يكن أكثر من ذلك.

أما فى الحق فمقتضى القاعده عدم البطلان، فإذا مات الراهن كان للمرتهن حق البيع، وإن انتقل المال إلى وارث الراهن، وإذا مات المرتهن حق لورثته البيع.

وكذا إذا جن المرتهن انتقل إلى وليه، بل الغالب عدم الاختصاص ولو ارتكازاً، حيث إن المقصود عدم ابتلاء الدائن عند انقضاء الأجل بأمر يرتبط بالمدين، بل يبيعه ويستوفى من الثمن دينه، وأى فرق فى ذلك بين حياه الراهن وعدمها، أو عقله وعدمه. وكذا بالنسبه إلى المرتهن.

خلافاً للفاضلين والشهيدين وغيرهم فى جمله من كتبهم، فقالوا: بأن موت الراهن يوجب بطلان الوكاله، وعلله فى مفتاح الكرامه بأن الوكاله استنابه فى فعل مخصوص بحال الحياه، لأن الوكيل ينعزل بموت الموكل، ولا كذلك الرهانه، بل تنتقل إلى ورثه المرتهن كما كانت له، لأنها حق من الحقوق المتعلقه بالمال، فيكون الحكم باستحقاقها كاستحقاق المال بين الورثه، وقد أخذ منه الجواهر بعد ادعائه عدم الإشكال والخلاف فى بطلانها بموت الراهن قائلًا: لأن لزوم الوكاله الحاصل من الاشتراط ما دام محلها باقياً، لا إذا خرج عن قابليه النيابه والاستنابه اللذين

هما من مقومات الوكاله.

وفيه: بعد أن المتعرضين ليسوا إلاّ جماعه لا يمكن معه من دعوى عدم الخلاف، أن العله التى ذكرها المفتاح لعدم بطلان الوكاله بموت المرتهن آتيه فى الراهن أيضاً، فإن الأمر إذا صار مالياً لم يفرق فيه الحياه والموت، فهل إذا قال الراهن: أنت وكيلى فى ذلك حياً كنت أو ميتاً، يقال ببطلانها، ولماذا إذا قيل به مع أن الوكاله عقد عقلائى قرره الشارع فالمتبع نظرهم حيث لم يغيره، ولو سلم أنه إذن لا وكاله، قلنا: لايهم الاسم، وإنما المهم فى المقام أن يكون هذا الحق باقياً، سواء مات أحدهما أو جن أو غير ذلك.

ولما ذكرناه من أن الحق مالى ومثله لا يختلف فيه الحياه والموت والعقل والجنون وغيرهما، يكون الحق متعلقاً بالدين أو الرهن، وإن اختلفت النسبه، كما إذا نقل المديون دينه الذى عليه إلى غيره، أو نقل المرتهن عين الرهن إلى غيره، حيث إن تغير الأشخاص لا يوجب تغير الحق، ومن هنا حكى عن الشهيد أنه حكى عن إملاء فخر الإسلام أنه نقل الإجماع على انتقال حق الارتهان إلى المشترى لو باعه المرتهن وهو فى ذمه الراهن من شخص، فتغير مالك الدين كتغير مالك العين المرهونه بموت الراهن والمرتهن غير قادح فى انتقال حق الرهانه، اللهم إذا كان خاصاً كما تقدم، وإلا فالارتكاز يوجب عدم الخصوصيه، فضلا عن التصريح بالإطلاق، فحال المقام حال البيع بخيار فإن موت كل من البائع والمشترى وانتقال المال إلى الورثه لا يوجب سقوط حق الخيار، إلاّ إذا كان الخيار مقيداً.

ومنه يعرف حال ما إذا كان الوكيل فى بيع الرهن ثالثاً، حيث إن موت الراهن والمرتهن أو جنونهما لا يؤثر فى انعزاله.

نعم لو مات الثالث رجع أمر الوكاله إلى قدر الجعل، وإن لم يكن فيها

تعد ولو ارتكازاً بطلت الوكاله، لأن عدم التعدى ولو الارتكازى يجعل من الوكاله شيئاً مضيقاً.

ثم أن الدين والرهن قد يكون الطرفان فيهما أصيلين، وقد يكونان وكيلين ونحوه كالوليين، وقد يكونان غاصبين:

وقد عرفت الكلام فى الأول.

وأما الثانى: فالظاهر أنه غير ضار إلّا إذا كان تقييد، فإن الغالب فى التجار أن يكون وكلاؤهم يتعاطون الأعمال، فالوكيل راهناً ومرتهناً لا شأن له فى حياته وموته، فإذا تبين كون العين لغير الراهن أو الدين لغير المرتهن بيمين أو اقرار أو غيرهما لم يضر فى الأمر.

نعم أحياناً تختلف الحال، كما إذا رهن داراً وقبض ديناً ووكل المرتهن فى البيع، ثم ظهر أنه وكيل ولم يكن له إعطاء الوكاله، فإن المرتهن يحق له إبطال الرهن إذا كان شرطاً، وينبطل الرهن بنفسه إذا كان قيداً.

أما إذا ادعى الراهن أنه كان وكيلاً فى الرهن، ولم يكن له حق فى إعطاء الوكاله، كان عليه الإثبات، إذ الإقرار حق عليه لا له، فلا يثبت بإقراره أن المرتهن ليس وكيلًا، كما أن العكس كذلك، فإذا أعطى زيد ديناً وأخذ رهناً شارطاً على نفسه كذا، ثم أظهر أنه وكيل وأن الموكل لم يوكله فى الشرط لم يقبل منه إلّا بالإثبات.

ومنهما يعرف الكلام فى الثالث وهو الغاصب، حيث إن اللازم الإجازه، وإلا بطل الرهن والشرط، ومن الواضح أنه لا معنى لإجازه الشرط بدون إجازه الرهن.

ولو رهن أو ارتهن ثم ادعى أنه غاصب، لم يقبل منه إلّا بالإثبات، كما أن ادعاء شخص أن النقد أو الرهن كان له لا يفيد إلّا بالإثبات، وإلا فالأمر يبقى على ما كان.

نعم، لوازم الإقرار على نفسه تثبت.

ص:١٠٩

قال فی الشرائع: ولو مات المرتهن (أی المشروط وکالته) لم ینتقل إلی الوارث (وکالته) إلاّ أن یشترط، وکذا إن کان الوکیل غیره (أی غیر المرتهن).

وفی الجواهر عند قوله: إلاّ أن یشترطه، بل لم یعرف فیه خلاف بینهم.

أقول: قد تقدم وجه عدم الانتقال مع عدم الإطلاق، ووجه الانتقال مع الإطلاق ولو ارتکازاً.

ولو تنازعا فی أنه هل وکله أم لا، کان الأصل مع عدم الوکاله، کما أنه إذا کان النزاع فی خصوصیات الوکاله کان الأصل عدم کل خصوصیه زائده، إلاّ إذا رجع الأمر إلی التنازع، حیث إن المرجع التحالف، کما إذا قال الراهن: وکلتک أن تبیعه باطلاعی، فقال المرتهن: بل لم یکن هذا القید فی الوکاله.

والتنازع مثل أن یقول: وکلتک أن تبیعه فی السوق الفلانی، وقال المرتهن: بل وکلتنی أبیعه فی سوق آخر.

أما إذا کانت الخصوصیه التی یدعیها أحدهما خصوصیه طبق المتعارف، احتاج المنکر إلی الإثبات، کما إذا قال الراهن: وکلتک أن تبیعه بالقیمه المتعارفه، فقال المرتهن: بل مطلقاً، وذلک لأن الإطلاق فی مثل المقام خصوصیه زائده یحتاج مدعیها إلی الإثبات.

مسأله ۲۰ مسائل اشتباه الرهن

(مسأله ۲۰): قال فی الشرائع: ولو مات المرتهن ولم یعلم الرهن، کان کسبیل ماله حتی یعلم بعینه.

أقول: للمسأله صور:

الأولی: أن یعلم بوجود الرهن وأنه هذا بعینه، ولا شک فی لزوم إرجاعه إلی الراهن بعد قبض الدین منه، ثم لو علم الدین جنساً وقدراً فهو، وإلا ـ بأن مات الراهن أیضاً، فالأصل یقتضی أن الدین أقل، فإذا علم بأن الراهن استدان من المرتهن ولم یعلم هل الدین ألف أو خمسمائه یقالل إنه خمسمائه، لأصاله عدم الزیاده.

وإذا علم بأن الرهن إما لزید أو لعمرو، ولم یعلم صاحبه بعینه، قسم الدین علیهما والرهن بینهما، فإذا لم یستعد أحدهما لإعطاء حصته بیع بقدره من الرهن، إلی غیر ذلک من المسائل المتفرعه علی صوره الجهاله فی المقام.

الثانیه: أن یعلم بوجود الرهن وأنه هذا أو هذا، واللازم التصالح والتراضی، فإن لم یمکن فالمرجع قاعده العدل لا القرعه، فإذا علمنا أنه استدان ألفاً، وأنه جعل الدار أو البستان رهناً، رد إلیه نصفهما بعد استرداد الدین، ولا یفید أن یقول وارثه إن الرهن الدار مثلاًـ إلاّ ـ إذا کانت أقل قیمه، حیث إن إقراره مأخوذ به لأنه علی نفسه، ولکن لا یعطی کل الدار، بل بالنسبه منهما، مثلاً کانت الدار خمسمائه والبستان ألفاً، فإنه یعطی بمقدار خمسمائه من الدار والبستان، مثل نصف الدار وربع البستان.

الثالثه: أن یعلم بوجود الرهن بین أشیاء کثیره، مثل ما إذا کان للمیت ألوف الکتب، وعلم بأن الرهن أحدها، فإن تساوت قیمه فالظاهر إعطاؤه أحدها بالصلح القهری، وإلاّ فالقیمه المنسوبه، مثلاً کانت قیمتها من الواحد إلی الخمسین، فإنه یجمع کل تلک القیمه، ویعطی له جزء من خمسین جزءً من المجموع، لقاعده

العدل، وإذا لم يمكن حتى ذلک کشىء من أثاث الدار الكثيره، فالتصالح قهراً، وقد ذكرنا فى بعض مباحث الإرث وغيره وجه التصالح القهرى، وأنه لفض النزاع الذى علم نصاً وإجماعاً أن القضاء لا يدع نزاعاً بدون حل.

الرابعه: أن يعلم بوجود الرهن وأنه هذا مثلاً، لكن لا يعلم هل أخذ عوض ماله أو انتقل إليه بإرث أو بيع أو ما أشبه، أو أنه بقى على كونه رهناً، والأصل بقاؤه رهناً، ومن الواضح أن دليل ملكيه ما تحت اليد لا يحكم فى المقام بعد أصل بقاء الرهن أصلاً لا قاطع له من عرف يوجب عدم اعتبار الشارع للاستصحاب فى قباله.

فلا يقال: كيف لا تستصحبون عدم ملكيه الميت لما فى داره من أثاث وكتب وغيرها، مع العلم أنها كانت قبلاً لغيره.

إذ يقال: إن العرف قاض بأنه ملكها، والسيره على ذلک، وذلک مما يقدم على الاستصحاب، ومثل الرهن الوديعه والعاريه والعين المستأجره ومال المضاربه والمزارعه والمساقاه، حيث إنا إذا علمنا أنها كانت للغير ولم يعلم هل انتقل إليه أم لا، كان الأصل بقاءها على ملک أصحابها، وقد ذكرنا ذلک فى تلک الكتب من شرح العروه وغيره.

ويؤيده أو يدل عليه، ما رواه الوسائل من الكافى والتهذيب والفقيه، عن محمد بن رياح القلاء قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام)، عن رجل مات أخوه وترک صندوقاً فيه رهون، بعضها عليه اسم صاحبه وبكم هو رهن، وبعضها لا يدرى لمن هو وبكم هو رهن، فما ترى فى هذا الذى لا يعرف صاحبه، قال (عليه السلام): «هو كماله»([1]).

۱- وسائل الشيعه: ج۱۳ ص۱۳۵ الباب۱۴ ح۱، التهذيب: ج۲ ص۱۶۴

ورواه الصدوق فى المقنع([(۱)]).

فإن الظاهر أنه محمول على عدم العلم بكونه رهناً على ما هو أحد محامل الجواهر وغيره.

الخامسه: أن يعلم وجود الرهن فى العين، لكن لم يعلم هل أنه فى تركته أو خارج، كما فى من كان يدفن بعض أشيائه أو يودعها عند ناس أو ما أشبه، فإن علم أنه أدخل الرهن فى ماله كصندوقه وما أشبه ولم يعلم بإخراجه استصحب البقاء فى التركه، وإلا فالأصل عدم دخوله فى تركته.

وعلى أى، فإن علم الجنس والقيمه أعطى، وإن علم القيمه لا ـ الجنس صولح بجنس له تلك القيمه أو بالقيمه، وإن علم الجنس لا القيمه، كما إذا علم أنه شاه لكن لم يعلم هل هى بعشره أو بعشرين، فإن كان محصوراً عمل بقاعده العدل، وإلا فبالتصالح، وإن لم يعلم أيهما فالتصالح.

ومن الخامسه يعلم حال:

السادسه: وهى إن علم بالرهن لكن لم يعلم أنه فى الذمه، أو العين خارجاً، أو فى التركه، فإنه يأتى فيها الأقسام المذكوره هناك أحكامها.

ومنه يعلم الضمان بما إذا علم أن الرهن كان عنده إلى أن مات وأنه لم يتلف منه، إلاّ ـ أنه لم يوجد فى التركه، إذ الاعتبار بالاستيلاء لا الوجود فى التركه، فإذا كان مثلياً يلزم أن يعطى للراهن مثله، وإن كان قيمياً أعطى قيمته، وإن ضاقت التركه ضرب مع الديّان، وإن لم يعلم أنه مثلى أو قيمى أعطى القيمه أيضاً، لا ـ لأصاله عدم المثليه المعارضه بأصاله عدم القيميه، بل لبناء العقلاء على

۱- وسایل الشیعه: ج۱ ص۱۳۵ الباب۱۴ح۱

اعتبار القیمه إلّا ماخرج، أو یقال: إن القیمه واجبه علی کل حال، إما فی ضـمن المثل أو بنفسها، والمثل مجری أصل العدم، کما علم منه مـا إذا علم أن الرهن کـان شـاه مثلاً ورؤی تلـک فی داره، ولم یعلم أنها له أو هی الرهن، فإنه حیث لم یعلم بأنها عین الرهن انتقلت إلی القیمه، إلّا إذا قیل أن الحیوان مثلی، کما لم نستبعده فی المتشابه من کل الجهات، وأوضح منه ما إذا کان مثلیاً عند المشهور، حیث یعطی للراهن، لأنه إما عینه أو مثله فیما کان مثله بحیث وقع الاشتباه.

نعم فی لزوم إعطائه بعینه إشـکال، حیث إن احتمال أنه غیر عین الرهن یجعل الوارث فی براءه من إعطاء العین، فهو کما إذا علم أن زیـداً یطلب منه قلماً، ولم یعلم أن ما بیـده هل هو عین ما یطلبه أو غیره، فإنه لا یلزم إعطاؤه نفس القلم، والظاهر أنه لا یجری فی مثله قاعده العدل، بأن یقال: هذا القلم بینهما فاللازم إعطاؤه نصـفه وتدارک النصف الآخر، إذ أصاله عدم الخصوصیه تجعل الشخص فی فسحه من إعطائه کلاً أو بعضاً، وإنما علیه مثل أو قیمه.

السابعه: أن یعلم تلف الرهن بید المرتهن، ولم یعلم أنه بتفریط حتی یضمن، أو بدونه حتی لا یضمن، والأصل الضمان، وکذلک فی کل مورد لا ضمان إلّا بالتفریط، حیث إن دلیل «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» وهی روایه رواها الخاصه فی کتبهم الفقهیه کالمسالک وغیره، والعامه، یعطی لزوم الأداء إلّا ما خرج، ولم یعلم أنه خارج.

وکذا فی سائر الموارد مثل الودیعه والعاریه والعین المستأجره ومال المضاربه وغیرها.

لا یقال: حمل فعل المسلم علی الصحیح یمنع من الضمان للتفریط.

ص:۱۱۴

لأنه يقال: الضمان أعم من تعد الفساد حتى يقابله أصل الصحه، فإن التعدى والتفريط ولو قصوراً يوجب الضمان.

الثامنه: أن يعلم أنه أرجع الرهن ثم يرى فى تركته، ولم يعلم أنه كان إرجاعه مع بقاء الرهن أمانه مثلاً أو إرجاعاً لفك الرهن، وإنما أخذه ثانياً أمانه أو اشتراءً أو ما أشبه، والظاهر الحكم ببقاء الرهن استصحاباً، إذ لا دلاله فى الإرجاع والاسترجاع على فك الرهن، فالاستصحاب محكم.

نعم لا يبعد أنه إذا أرجعه وكان عند الراهن، ولم يعلم أنه هل فك الرهن أم لا، يكون الظاهر عند العقلاء أنه فك الرهن، فلا يستصحب بقاء الدين، ولا بقاء الرهن، وإن كان المحتمل أن أخذ الراهن إياه وديعه ونحوها، فإذا رهن قدره عند عمرو، ثم استرجعه يقضى العقلاء بفك الرهن، وإن كان المحتمل أنه استرجعه لتسهيل أمر ضيافته ثم يرجعه إليه، وهذا الظاهر العقلائى محكم على الاستصحاب، ويؤيده ما ذكرناه فى كتاب القضاء من قول على (عليه السلام) لرفاعه فى كتابه إليه: «واقض بالظاهر، وفوض إلى العالم»، ومع ذلك ففى المسأله تأمل.

التاسعه: لو كان شىء فى يدهما، ونعلم بأنه رهن أحدهما ذلك الشىء عند الآخر، لكن لم يعلم هل أن الراهن له كله أو نصفه، وأنه هل رهنه الكل أو النصف.

والظاهر الحكم برهن نصفه، لأن يديهما حجه على ملكهما له بالتناصف، حتى إذا كان المحتمل أن للبنت ثلث الدار وللولد ثلثيها بأن احتملنا أنهما ورثاها من أبيهما مثلاً، إذ الاحتمال لا يقاوم ظهور اليد.

وعليه فاللازم الحكم بكون نصفه رهناً، وأن الرهن باق إلى الآن.

العاشره: إذا لم يعلم أن الدار المرهونه فى يد زيد من قبل الراهن، هل

المرهون منها كلها أو بعضها، مع العلم أن كلها للراهن، وتظهر الثمره فى موارد مثل أن لو قلنا فى المسأله الآتيه بأن الراهن يضرب مع الغرماء فيما كان الدين أكثر، ومثل ما إذا طلب ورثه الراهن من الحاكم إفراز نصف الرهن عن النصف غير المرهون، لوضوح صحه رهن المشاع، وصحه طلب الإفراز، لإطلاق أدلتهما، إلى غير ذلك من الأمثله، وفى هذا الفرض الأصل عدم الرهن للكل، وإن كانت فى يد الراهن أو ثالث.

ثم إنا ذكرنا فى بحث المضاربه وغيرها، أن دفاتر التجار لها اعتبار فى غير موارد المنازعات، لأنها من الاستبانه عرفاً، كما قال (عليه السلام): «إلاّ أن تستبين»((١)).

وذكرنا أيضاً أن للدين ونحوه بقاءاً يلزم أن يكون اعتبار عقلائى، ولذا لا يلتزم الفقهاء بلزوم إعطاء خمس وزكاه الميت، وإن علم الوارث أنه تعلق به الحق ولم يعلم هل أنه أداه أو لا ـ لا لأجل حمل فعله على الصحيح، بل وحتى إذا لم يعلم هل أنه علم بتعلق الحق به أم لا، وكذلك لا يلتزمون بلزوم أداء ديونه التى استدانها قبل عشرين سنه، مما يتداول عند التجار للأخذ والعطاء دائماً، وبلزوم إعطاء أبدال ما اشتراه قبل عشر سنوات، مما لم يعلم هل أدى ثمنه أم لا ـ إلى غير ذلك مع أن الغالب وجود الاستصحاب فى هذه الموارد، والسر أن دليل الاستصحاب لا يقاوم بناء العقلاء والسيره المستمره عند المتشرعه.

وعليه فالأمر فى مسأله الدفاتر، وبناء العقلاء كذلك فى باب الرهن أيضاً، والله سبحانه العالم.

١- الوسائل: ج١٢ ص٦٠ باب ٤ ح٤

مسأله ۲۱ یجوز للمرتهن اتباع الرهن

(مسأله ۲۱): قال فی الشرائع: ویجوز للمرتهن ابتیاع الرهن، أی فیما کان وکیله عنه فی بیعه مطلقاً، أما إذا وکله مقیداً فلا.

أما الأول: فلإطلاق دلیلی البیع والوکاله، فلا وجه للمنع.

وأما الثانی: فلأنه لا یحق له التصرف فی مال غیره بدون رضاه، بقاعده السلطنه التی لم یخرج منها إلا بقدر إنقاذ حقه، وإنقاذ حقه أخص من البیع لنفسه، کما أن الأمر کذلک إذا قید الوکاله بقید آخر، مثل أن لا یبیعه لفلان، أو فی مکان أو زمان أو خصوصیه کذا، کما أنه إذا وکله فی البیع لنفسه لا یحق له أن یبیعه من غیره.

ولو شک فی إطلاق الوکاله أو تقییدها، فالأصل عدم الإطلاق، فیکون التقیید نتیجه وکاله لم یعلم إطلاقها، کما إذا إذن له فی دخول داره وشک فی أن الإذن هل کان مطلقاً أم خاصاً لوقت، فإن حرمه التصرف فی مال الغیر إلّا بقدر ما خرج تقف دون الدخول فی غیر الوقت المتیقن إذنه، هذا إذا لم یکن هناک إطلاق یؤخذ به، وإلّا فالشک لا وجه له.

وکیف کان، قال فی الجواهر تبعاً لمفتاح الکرامه بعد نقل ما ذکرناه من جواز البیع لنفسه: إلّا أن ظاهر المصنف فیما تقدم عدم بیعه من نفسه فی إطلاق الوکاله.

وعن أبی علی: لو وکل المرتهن فی بیعه لم أختر له بیع ذلک، خاصه إذا کان الرهن مما یحتاج إلی استیفاء أو وزن، أو أراد المرتهن شراءه أو بیعه لولده وشریکه وما یجری مجراها، وظاهره الکراهه، وإن حکی عنه المنع، انتهی.

أقول: حیث لم نظفر بدلیل المنع، فلعل المحقق منع من جهه انصراف

ص:۱۱۷

الوكاله إلى البيع من غيره كانصراف التوكيل فى زواجها إلى التزويج من غير الموكل، ولعل أبا على جعل ذلك من باب «من دخل مداخل السوء اتهم»((۱)) و«رحم الله من جب الغيبه عن نفسه»((۲))، حيث إن ذلك مورد الاتهام، خصوصاً فى مثل ما يحتاج إلى الوزن، حيث إنه محل اتهام التطفيف، لكن الانصراف غير ظاهر، والحكم بالكراهه عموماً لدليل أخص محل نظر.

ثم قال الشرائع: والمرتهن أحق باستيفاء دينه (من الرهن) من غيره من الغرماء، سواء كان الراهن حياً (وقد حجر عليه للفلس) أو ميتاً على الأشهر، انتهى.

ومثله فى القواعد.

وقد قال مفتاح الكرامه: إن الدليل على الحكم الأول الإجماع المحصل، والظاهر من المسالك وكذا مجمع البرهان، حيث قال: الظاهر أنه إجماع، وفى الرياض نفى الخلاف عنه.

ثم أسند الحكم الثانى إلى الأشهر كما فى الشرائع، والمشهور كما فى المهذب البارع والمقتصر وغايه المرام ومجمع البرهان والكفايه.

وفى الرياض: إنه المشهور من غير خلاف يعرف، وفى السرائر الإجماع عليه، وأن الروايه بخلافه شاذه، وإلى الدروس وإيضاح النافع الروايه مهجوره، هذا لكن ظاهر الشرائع وغيره وجود المخالف، ووجود المخالف ظاهراً صريح المسالك والكفايه والمفاتيح.

وعن فخر الإسلام: إن المخالف ابن بابويه، ومال إليه الأردبيلى والخراسانى.

أقول: ومقتضى القاعده مع هذا القول، إذ أدله التوزيع على الغرماء

۱- الوسائل: ج۸ ص۴۲۳ ح۷

۲- أسنى المطالب ص۱۵۷ ح۷۰۴

مطلقه تشمل وجود الرهن وعدمه، فكما تشمل تلك الأدله عدم رهن لبعضها، والرهن لجميعها تشمل وجود الرهن لبعضها.

وليس فى قبال ذلك إلاّ الشهره والإجماع المدعى ووجه اعتبارى، هو أن فائده الرهن شرعاً ولغه وعرفاً اختصاص المرتهن بالاستيفاء، ومقتضى ذلك تقديمه على غيره من الغرماء.

وكل ذلك لا يقاوم مقتضى القاعده، إذ الإجماع ليس محققاً بعد وجود المخالف، بالإضافه إلى ظهور استناده إلى ذلك الوجه المتقدم، الذى يرد عليه أن اختصاص المرتهن بالاستيفاء إنما هو مع عدم دين آخر للراهن، وإلاـ فأى اختصاص، وهل الذى أحسن بإعطاء الدين بدون رهن أسوأ حالاً من الذى لم يعتمد على الراهن فأخذ فى قبال دينه رهناً، بالإضافه إلى وجود روايتين فى المسأله ورميهما بالشذوذ والهجر غير ضار بعد أن الشاذ لا يؤخذ به إذا كان فى قباله روايه لا مطلقاً، والهجر ليس إلاّ من جهه الإعراض، وكون إعراض المشهور إذا كان محتمل الاستناد بل ظاهره لا يسقط الروايه عن الحجيه كما حقق فى الأصول.

أما ضعف السند، فيكفى فى دفعه وجودها فى الفقيه الذى التزم صاحبه حجيته، وقول الجواهر: إن الصدوق عدل عما ذكره فى أول كتابه من أنه لا يذكر فيه إلاّ ما يفتى به، غير ظاهر، بل الظاهر أنه (رحمه الله) التزم به إلى آخر كتابه، ويشهد له أنه فى بعض الروايات يعلل ذكرها، مع أنه لا يفتى بها بعله مما يجعله استثناءً، فيدل على بقاء التزامه إلى آخر الكتاب.

وقد أشار إلى ذلك صاحب الحدائق فى بعض المسائل، خصوصاً وأن سليمان بن حفص لم ينص علماء الرجال على توثيقه، لا أنه نص على خلاف ذلك، وكأنه لما ذكرناه من حجيه الروايه عنون الوسائل الباب بأنه إذا مات

الراهن وعليه ديون أكثر من تركته قسم الرهن وغيره على الديان بالحصص.

وقد نقل كلتيهما عن الفقيه والتهذيب، قال عبد الله بن الحكم: سألت أبا عبد الله (عليه السلام)، عن رجل أفلس وعليه دين لقوم وعند بعضهم رهون، وليس عند بعضهم، فمات ولا يحيط ماله بما عليه من الدين، قال: «يقسم جميع ما خلف من الرهون وغيرها على أرباب الدين بالحصص»((١)).

وقال سليمان بن حفص المروزي: كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام) في رجل مات وعليه دين، ولم يخلف شيئاً إلا رهناً في يد بعضهم، فلا يبلغ ثمنه أكثر من مال المرتهن، أيأخذ بماله، أو هو وسائر الديان فيه شركاء، فكتب (عليه السلام): «جميع الديان في ذلك سواء يتوزعونه بينهم بالحصص»((٢)).

ولذا قال في الحدائق بعد قوله: لم أر من تعرض للجواب عن الخبرين المذكورين من القائلين بالقول المشهور: وصريح الخبرين المذكورين التشريك في الميت، واطراحهما والخروج عنهما بغير معارض مشكل، فالظاهر هو القول بما دلا عليه من التشريك، ونقل عن بعض الفضلاء المعاصرين القول بذلك، ونقله عن السيد الجزائري، وهو لازم على جميع أهل الأخبار لصراحتهما في المطلوب وسلامتهما من المعارض، انتهى ملخصاً.

وبذلك ظهر أنه لا وجه لحمل الخبرين على الرهانه بعد الفلس إلّا عند من يريد طرحهما، لولا هذا الحمل، وبعد العمل بالخبرين لا مجال لقول الشرائع وغيره.

ولو أعوز الرهن عن وفاء الدين وقصر، ضرب صاحب الدين

١- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٣٩ الباب١٩ ح١، التهذيب: ج٢ ص١٦٦

٢- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٣٩ الباب١٩ ح٢، التهذيب: ج٢ ص١٦٦

مع الغرماء بالفاضل، وإن كان ذلک لابد لقول المشهور، لأنه بعد أخذ رهنه يبقی له شيء، فهو في ذلک الشيء کسائر الديان، إذ دينه في الذمه وليس محصوراً بالرهن، وهل للراهن حصر الدين في الرهن مطلقاً، أو في بعض الصور، مثلاً يستدين ألفاً ويجعل في قباله داراً له تسوی بتسعمائه رهناً، ويقول: بشرط أن لا حق لک في الأزيد، ويقبله صاحب المال لمصلحه له في ذلک، حيث إنه لا يريد إبقاء الألف عند نفسه، لاحتماله سرقه اللصوص لماله، أو غصب الظالم إياه أو ما أشبه ذلک، أو لأنه يريد الاتجار بالتسعمائه مما ربحه يسد مسد المائه الأخری أو ما أشبه ذلک.

وکذلک في صوره الشرط دون الإطلاق، کما إذا کانت الدار تسوی ألفاً ويريد الراهن بيعها، لکن المرتهن يقول: اجعل الدار عندي رهناً، فإذا حدث التنزل إني اکتفي بقيمه الدار، وفي کلا حالي الإطلاق والشرط يکون ذلک خلاف الربا، إذ الربا القرض بالأقل وإعطاء الأکثر، وهنا قرض الأکثر وإعطاء الأقل، لايبعد ذلک، لدليل «المؤمنون عند شروطهم»، بعد کون مثله عقلائياً ليس مخالفاً للکتاب والسنه.

بل قد ذکرنا في بعض (الفقه) قرب احتمال صحه عکسه، بأن يأخذ الأقل ويعطي الأکثر إذا لم يصدق عليه الربا، ولم يکن ضاراً للمال، مثلاً ربح ألفه المضاربي الآن مائه، ويريد الاسترباح به، فيقول له الراهن: أعطني الفک وأرهن عندک داري التي تسوی بألف ومائه، فإذا لم أتمکن من الوفاء فلک کل الدار، فيقبل، فإن المائه لا يراها العرف رباً، وليس فساداً للمال کما في الروايه، حيث عللت تحريم الربا بأنه فساد الأموال.

وکذا في صوره أخری، وهي أن القوه الشرائيه للألف أخذت في الازدياد، لأنهم مقبلون علی الرخص، ويريد المرتهن أن يشتري به سياره بعد شهر، حيث قوته الشرائيه تکفي للاشتراء.

فإذا أخـذه الراهن وباع المرتهن بعـد ذلك داره، بعـد سـنه بألف، حصل التنزل فى النقـد، ولا يتمكن من اشتراء السـياره بالألف، لضعف القوه الشرائيه للنقد، إلى غير ذلك من الأمثله.

ولاـ يمكن أن يقـال: إطلاـق النص والفتوى على خلاـف ما ذكرناه، إذ فى الزمن السابق لم يكن هـذا التلاعب الموجود الآن فى النقد والبضاعه، فالأدله والفتاوى منصرفه عن مثل هذه الموارد، وإن كانت المسأله بحاجه إلى مزيد التأمل.

مسأله ۲۲ الرهن لا یضمن إلّا بالتفریط

(مسأله ۲۲): قال فی الشرائع: الرهن أمانه فی یده، لا یضمنه لو تلف.

أقول: لا ینبغی الإشکال فی ذلک بعد ورود الأخبار الحجه المعمول بها، مما یوجب حمل الأخبار المخالفه علی التقیه، فعن أبی حنیفه أنه مضمون. وعن شریح والنخعی والحسن البصری والثوری وأصحاب الرأی وغیرهم الضمان أیضاً، لکن مع بعض التفصیلات، ولذا الذی ذکرناه ادعی فی الجواهر عدم خلاف یجده فی عدم الضمان بیننا، واستغرب نسبه الدروس عدم الضمان إلی الأشهر، وحکی فیه تبعاً لمفتاح الکرامه الإجماع الصریح علیه من الخلاف والغنیه والسرائر والتذکره والمفاتیح، والإجماع الظاهر عن کشف الحق ومجمع البرهان والکفایه.

قال فی المفتاح: وقول المسالک إن ما روی مخالفاً متروک فی معنی الإجماع، لکن فی الحدائق أیضاً نسب القول بعدم الضمان إلی المشهور، وقال: بل ادعی الشیخ علیه الإجماع، وناقش فی المستند.

وکیف کان، فیدل علی عدم الضمان متواتر الروایات.

مثل ما عن جمیل بن دراج، قال: قال أبو عبد الله (علیه السلام)، فی رجل رهن عند رجل رهناً فضاع الرهن، قال: «هو من مال الراهن ویرجع المرتهن علیه بماله»((۱)).

وعن أبان بن عثمان، عن رجل، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی رجل رهن عند رجل داراً فاحترقت أو انهدمت، قال: «یکون ماله فی تربه الأرض»، وقال: فی رجل رهن عنده مملوک فجذم، أو رهن عنده متاع فلم ینشر المتاع ولم

۱- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۲۵ الباب۵ ح۱، التهذیب: ج۲ ص۱۶۵

يتعاهده ولم يحركه فتأكل، هل ينقص من ماله بقدر ذلك، قال (عليه السلام): «لا»((1)).

والظاهر أنه لم يكن تفريطاً، وإلا كان ضامناً بلا خلاف، ولذا قال العلامه فى محكى المختلف: الأقرب أن على المرتهن الضمان، لأن ترك نشر الثوب المفتقر إلى نشره يكون تفريطاً والمفرط ضامن.

أما الإشكال على المقنع الذى أفتى بمضمون الروايه، فغير وارده، لأنه يذكر نصوص الروايات فى صوره الفتاوى، فالجواب عنه كالجواب عن الروايه، وما فى الحدائق من حمل الخبر المذكور على عدم علم المرتهن لوصول الضرر إلى المتاع مع بقائه على تلك الحال، لا ينفع إذا كان عدم علمه من باب التفريط أيضاً، فيشمله دليل اليد وغيره.

وعن الحلبى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى الرجل يرهن الرهن عند الرجل فيصيبه شىء أو يضيع، قال (عليه السلام): «رجع بماله عليه»((2)).

لكنه لا يخلو عن إجمال.

وعن عبيد بن زراره، قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): رجل رهن سوارين فهلك أحدهما، قال (عليه السلام): «يرجع عليه بحقه فيما بقى». وقال: فى رجل رهن عند رجل داراً فاحترقت أو انهدمت، قال (عليه السلام): «يكون ماله فى تربه الأرض»((3)).

وعن الفضيل بن عبد الملك، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن رجل رهن عنده آخر عبد بن فهلك أحدهما، أيكون حقه فى الآخر، قال: «نعم»، قلت:

١- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٢٧ الباب٥ ح٩، التهذيب: ج٢ ص١۶۴

٢- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٢۶ الباب٥ ح٣، الفقيه: ج٢ ص١٠١

٣- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٢٨ الباب۶ ح٢، التهذيب: ج٢ ص١۶۴

أو داراً فـاحترقت أيكون حقه فی التربه، قـال: «نعم». قلت: أو دابتين فهلكت إحـداهما أيكون حقه فی الأخری، قال: «نعم»، قلت: أو متاعـاً فهلـك من طول ما ترکه، أو طعاماً فقـد، أو غلاماً فأصابه جـدری فعمی، أو ثياباً ترکها مطويه لم يتعاهـدها ولم ينشـرها حتی هلکت، قال: «هذا نحو واحد يکون حقه عليه»((١)).

وعن أبـان، عن رجـل، عن أبی عبـد الله (عليه السـلام)، قـال: سألته يکون الرهن بما فيه إن کان حيواناً أو دابهً أو ذهباً أو فضهً أو متاعاً، فأصابته جائحه حريق أو لص فهلکت ماله، أو نقص متاعه، وليس له علی مصـيبته بينه، قال (عليه السـلام): «إذا ذهب متاعه کله فلم يوجد له شیء، فلا شیء عليه، وإن قال ذهب من بيتی مالی وله مال، فلا يصدق»((٢)).

ولعل المراد إن کانت قرينه توجب اطمينان النفس فلا عليه يمين، لأنه لا وجه لحلفه بعدها، وإلا لا يصدق بدون حلف ونحوه.

وعن إسـحاق بن عمار، عن أبی إبراهيم (عليه السـلام)، قال: قلت له: الرجل يرتهن العبد فيصـيبه عور أو ينقص من جسده شـیء علی من يکون نقصـان ذلـک، قـال: «علی مولاـه»، قـال: قلت: إن النـاس يقولون: إن رهنت العبـد فمرض أو انفقت عينه فأصـابه نقصان فی جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد، قال (عليه السلام): «أرأيت لو أن العبد قتل قتيلاً علی من يکون جنايته»، قال: جنايته فی عنقه((٣)).

١- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٢٨ الباب۶ ح١، التهذيب: ج٢ ص١۶۵

٢- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٣١ الباب٩ ح١، التهذيب: ج٢ ص١۶۵

٣- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٢۶ الباب۵ ح۴، الفقيه: ج٢ ص١٠٠

وعن إسحاق بن عمار، قال: قلت لأبى إبراهيم (عليه السلام): الرجل يرهن الغلام أو الدار فتصيبه الآفه على من يكون، قال: «على مولاه»، ثم قال: «أرأيت لو قتل هذا قتيلاً على من يكون»، قلت: هو فى عنق العبد، قال: «ألا ترى، فلم يذهب من مال هذا»، ثم قال: «أرأيت لو كان ثمنه مائه دينار فزاد وبلغ مائتى دينار لمن كان يكون»، قلت: لمولاه، قال«: وكذلك يكون عليه ما يكون له»((١)).

وعن دعائم الإسلام، عن أبى عبد الله (عليه السلام) أنه قال: «إذا هلك الرهن فهو من مال الراهن والدين بحاله»((٢)).

بل وروايته الأخرى، عن أبى جعفر وأبى عبد الله (عليهما السلام)، أنهما قالا فى الذى عنده الرهن يدعى أنه رهن فى يديه بألف (إلى أن قال): «وإن ادعى أنه ضاع وكذبه الراهن ولا بينه له واختلفا فى قيمته، فالقول قول الذى هو عنده مع يمينه، وعلى صاحبه البينه فيما ادعى من الفضل»((٣)).

وقد أشار الامام (عليه السلام) فى خبر إسحاق إلى القاعده أيضاً، مما يمكن أن يكون رداً على العامه الذين ذهبوا إلى الضمان فى قبال الخراج، وحيث إن الرهن خراجه للراهن، فاللازم أن يكون ضمانه عليه.

فمن طرقنا روى الغوالى، عن النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال: «لا يغلق الراهن الرهن من صاحبه الذى رهنه، له غُنمه وعليه غُرمه»((٤)).

ص:١٢۶

١- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٢۶ الباب۵ ح۶، التهذيب: ج٢ ص١۶۴
٢- مستدرك الوسائل: ج٢ ص۴٩۴ الباب۵ ح١
٣- مستدرك الوسائل: ج٢ ص۴٩۵ الباب١٧ ح١
۴- مستدرك الوسائل: ج٢ ص۴٩۵ الباب١٠ ح٣

وروى أيضاً، عنه (صلى الله عليه وآله)، «أنه قضى بأن الخراج بالضمان»((۱)).

وسيأتى الكلام فى كون النفع للراهن.

ومن طرقهم، ما عن سنن البيهقى، عن الشعبى وشريح والحسن: «ذهبت الرهانه بما فيها»((۲)).

وعليه فالحكم لا ينبغى أن يكون مورد الإشكال، وإن أشكل فيه بعضهم للروايات الأخر التى يلزم حملها على التقيه، وقد عرفت دلاله نفس أخبار المشهور على أن القول بالضمان لهم لا لنا.

وكيف كان، فالروايات هى ما عن محمد بن قيس، عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) إذا كان الرهن أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدى الفضل إلى صاحب الرهن، وإن كان أقل من ماله فهلك الرهن أدى إلى صاحبه فضل ماله، وإن كان الرهن يسوى ما رهنه فليس عليه شىء»((۳)).

وعن ابن بكير، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرهن، فقال: «إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدى الفضل إلى صاحب الرهن، وإن كان أقل من ماله فهلك الرهن أدّى إليه صاحبه فضل ماله، وإن كان سواء فليس عليه شىء»((۴)).

وعن أبى حمزه، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن قول على (عليه السلام): «فى الرهن يترادان الفضل»، قال: «كان على (عليه السلام) يقول ذلك»، قلت: كيف يترادان الفضل، فقال:

۱- غوالى اللئالئ: ج۱ ص۲۱۹ ح۸۹

۲- انظر الجواهر: ج۲۵ ص۱۷۴

۳- وسائل الشيعه: ج۱۳ ص۱۳۰ الباب۷ ح۴، الفقيه: ج۲ ص۱۵۲

۴- وسائل الشيعه: ج۱۳ ص۱۲۹ الباب۷ ح۳، التهذيب: ج۲ ص۱۶۴

«إن کـان الرهن أفضـل ممـا رهن به ثم عطب رد المرتهن علی صاحبه، وإن کان لا یساوی رد الرهن فالنقص من حق المرتهن»، قال: «وکذلک کان قول علی (علیه السلام) فی الحیوان وغیر ذلک»((۱)).

وعن إسحاق، قال: سألت أبا إبراهیم (علیه السلام) عن الرجل یرهن بمائه درهم وهو یساوی ثلاثمائه درهم فهلک، أعلی الرجل أن یرد علی صـاحبه مـائتی درهم، قـال: «نعم، لأنه أخـذ رهنـاً فیه فضل وضـیعه»، قلت: فهلک نصف الرهن، فقال: «علی حساب ذلک» کذا رواه الکافی والتهذیب والفقیه، وزاد الأول: قلت: فیترادان الفضل؟ قال (علیه السلام): «نعم»((۲)).

وعن أبی حمران الأرمنی، عن أبی عبـد الله (علیه السـلام)، قال: سألته عن رجل رهن عند رجل علی ألف درهم، والرهن یساوی ألفین فضاع، فقال: «یرجع علیه بفضل ما رهنه، وإن کان النقص مما رهنه علیه رجع علی الراهن بالفضل، وإن کان الرهن یساوی ما رهنه علیه فالرهن بما فیه»((۳)).

أقول: الظـاهر أن المراد بــ «مـا فیه» أی بمقابله، فلا شـیء لأحـدهما علی الآخر، وهـذا مما یؤیـد التقیه، حیث عرفت مثل هـذه العبـاره من جمـاعه من علماء العامه، ومن ما ذکرناه یظهر وجه النظر فی کلام الحـدائق حیث قال: ویعین قوله «الرهن بما فیه» أنه یحسب الرهن من دینه ویرجع بالباقی وهو معنی صحیح فی حد ذاته إلاّ أنه بعید عن ظاهر اللفظ.

۱- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۲۹ الباب۷ ح۱، التهذیب: ج۲ ص۱۶۴

۲- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۲۹ الباب۷ ح۲، التهذیب: ج۲ ص۱۶۴، الفروع: ج۱ ص۳۹۶، الفقیه: ج۲ ص۱۰۲

۳- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۳۰ الباب۷ ح۵، الفقیه: ج۲ ص۱۰۰

أقول: لا صحه فيه، حيث إن كلًا من زياده الرهن والمال ذكرا قبل هذه العباره.

ثم إن الجمع بين الطائفتين بأحد أمور:

الأول: حمل الثانيه على التقيه، بقرينه روايه إسحاق المتقدمه، ولا يهم بعد ذلك ذهاب جمع من العامه إلى القول المشهور، فعن العلامه فى التذكره أنه نقل القول الذى عليه الأصحاب عن عطاء والزهرى والأوزاعى والشافعى وأبى ثور وأحمد وابن المنذر.

ولا يخفى أن الزهرى إن أريد المشهور تلمذه للإمام السجاد (عليه السلام) كان مختلفاً فى مذهبه، هل أنه من الأصحاب أو من العامه.

الثانى: حمل الأولى على عدم التفريط والثانيه على التفريط، بقرينه قوله (عليه السلام) فى روايه إسحاق الأخيره: «لأنه أخذ رهناً فيه فضل وضيّعه».

وبما رواه المشايخ الثلاثه فى غير الاستبصار، عن أبان، عمن أخبره، أو عن أبان، عن أبى عبد الله (عليه السلام) بدون واسطه، أنه قال: «فى الرهن إذا ضاع عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع فى حقه إلى الراهن فأخذه، فإن استهلكه ترادا الفضل فيما بينهما»((١)).

فإن ظاهر الاستهلاك التعمد.

بل ويظهر ذلك أيضاً من ما رواه الكافى والتهذيب عن سليمان بن خالد، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «إذا ارتهنت عبداً أو دابه فماتا فلا شىء عليك، وإن هلكت الدابه أو أبق الغلام فأنت ضامن»((٢)).

١- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٢٦ الباب٥ ح٧، التهذيب: ج٢ ص١٦٤

٢- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٢٧ الباب٥ ح٨، التهذيب: ج٢ ص١٦٥

وکـذا عبـاره المقنع التی هی متون الروایات، قال: «وأعلم أن ما رهن رجل عنـد رجل رهناً فضاع من غیر أن یضـیّعه فهو من مال الراهن، ویرتجع المرتهن علیه بماله».

الثـالث: إن الطـائفه الثـانیه صـدرت من باب قاعـده الإلزام، کما ذکرنا مثله فی بعض قضایا علی (علیه السـلام) فی الإرث وغیره، والمسأله المنبریه، حیث قال (علیه السلام): «صار ثمنها تسعاً».

وبهذا کله ظهر أن مقتضی القاعده المشهور الذی قالوا بأنه أمانه، وله سائر أحکام الأمانات من قبول قوله بیمینه، وغیر ذلک.

نعم، لا یبعد أن یشترط الراهن الضمان وإن تلف بدون التفریط، لمساعده العرف أنه حق ولیس بحکم، بضمیمه «عند شروطهم».

ثم إنه إذا أتلفه بالتفریـط، فالظـاهر عـدم حصول التهـاتر إلاّ ـ بشـرط الممـاثله، إذ لا وجه للتهاتر بـدونه، کما إذا اسـتقرض دراهم وأعطـاه کتـابه رهناً، فإن تلف الکتاب لا یوجب أن یأخـذ الراهن الـدراهم بـدله لو کان الکتاب مثلیاً، بل یطلب الراهن منه کتاباً، والمرتهن من الراهن دراهم، فـإذا لم یعـط تهـاترا بقیـد یوم الاحتساب علی ما ذکروه، بشـرط أن لم یمکن إجباره، وإلاّ فالأصـل عدم انتقال الکتاب من ذمه المرتهن إلی دراهم.

ولذا قال الجواهر: لا یسقط حق المرتهن ما لم یتلف بتفریطه، أما إذا کان بتفریط حصل التهاتر قهراً مع حصول شرائطه، وإلاّ کان کـل منهما مـدیونا للآخر، واحتمال التهاتر علی کل حال لظاهر ما سـمعته من النصوص المحموله علی ذلک أو الظاهره فیه، بعید لقصورها عن الجرأه بها علی مخالفه الضوابط،

خصوصاً بعد احتمال جريانها على الغالب على المساواه، واحتمال إراده شبه التهاتر منها، انتهى.

وعليه فلا فرق بين أن يموت المرتهن مما يوجب تعلق الحق بتركته، أم لا.

وإن كان مورثاً للراهن، فللراهن فى تركه الميت كتاب، وللورثه على ذمه الراهن دراهم. نعم قدر حق الراهن فى الدراهم التى فى ذمته للمرتهن يسقط حق سائر الورثه منه، إذ لا معنى لأن يطلب نفسه من نفسه، وكذا إذا كان الرهن فى قبال قرض غير الدراهم، مثلاً اقترض منه كتاباً وأعطاه دابه رهناً، وكان الراهن أحد أولاد المرتهن الأربعه، فمات المرتهن، وقد أتلف الدابه تفريطاً، فإن الراهن يطلبه دابه، والورثه الثلاثه يطلبون الراهن ثلاثه أرباع الكتاب بما له القيمه فى حال الاجتماع لا منفصلاً، فإذا كان القرض على الراهن من المرتهن زوج حذاء، وكان الراهن أحد ولدى المرتهن، ومات كان للولد الآخر فرد بقيمته الاجتماعيه، وهى خمسه دراهم ــ إذا كانت قيمتها مجتمعه عشره، وكل فرد فرد منفرداً واحداً ــ لا درهم واحد، كما هو واضح.

بقى شىء، وهو أنه لو أمّن الراهن متاعه الذى يسلمه إلى المرتهن بما أوجب عدم خساره المرتهن، وإن فرط فيه المرتهن بما أوجب تلفه، فهل يضمن المرتهن للراهن للقاعده، أو لشركه التأمين، لأن تفريطه أوجب خسارته لدليل «على اليد»، وحيث لا خساره على الراهن حتى يعطى المرتهن الخساره للراهن، فاللازم إعطاء الخساره للشركه التى خسرت هى واقعاً.

الظاهر الأول، لأن الراهن لما أعطى البدل للشركه لم تخسر الشركه بالتلف، حيث أخذت بدلها،

وإنما خسر الراهن، حيث أعطى البدل، فاللازم أن يدخل بدل ما أعطاه للشركه _ والبدل هو ما تعطيه الشركه لأجل العطب _ فى كيسه، فإن من عليه الغُرم فله الغُنم، فللراهن أن يأخذ من الشركه بدل ما أعطاها لأجل التأمين، ومن المرتهن بدل ما أعطاه من الرهن، ولا يكون ذلك جمعاً لعوضين لشىء واحد، بل العوضان لشيئين.

أما إذا أتلفه المرتهن بما لم يكن تفريطاً، فلم يوجب عوضاً على المرتهن، فإن الراهن يأخذ من الشركه بدل ما أعطاه لأجل التأمين.

ومن هذه المسأله يعرف عكسها، وهو ما إذا أمّن المرتهن القرض الذى أعطاه للراهن.

وبذا ظهرت الصور الأربع للمسأله، وهى تأمين كل من المرتهن والراهن لما أخذه، أو لما أعطاه.

بل أربع صور أخرى أيضاً، وهما تأمين المعير أو المستعير للعاريه فيما إذا أخذ الراهن شيئاً عاريه ورهنه، وتأمين إنسان ثالث غير الراهن والمرتهن للرهن، إذا قلنا بصحه مثل هذا التأمين من الأجنبى.

ومنها يظهر حال الغاصب وغيره راهناً ومرتهناً.

مسأله ۲۳ تصرف المرتهن فی الرهن

(مسأله ۲۳): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: المشهور بین الأصحاب خصوصاً المتأخرین، عدم جواز تصرف المرتهن فی الرهن من دون إذن الراهن، فلو تصرف المرتهن حینئذ فی الرهن برکوب أو سکنی مثلاً ـ أو إجاره من دون إذن الراهن أثم وضمن العین لو تلفت، ولزمه أجره المثل فی الأولین علی المشهور، وربما ظهر من بعضهم الإجماع علیه، لأنه انتفاع بمال الغیر بغیر إذنه، وفی مفتاح الکرامه نقل الشهره علی ذلک عن المسالک والکفایه والحدائق، قال: وقد یظهر من المفاتیح الإجماع علیه، انتهی.

وسیأتی الکلام فیما لو تصرف ثم أجاز الراهن، أو کان ولیاً علی الراهن مثلاً، أو تصرف لا فی العین، بل فی الاعتبار، کما إذا رهن المرتهن الدار المأخوذه رهناً عند آخر، بتسجیل الرهن عند الدوله فقط بدون تصرف فی العین.

وکیف کان، فیدل علی المشهور أنه بعد خروجه عن الأمانه صار کسائر المتصرفین غیر الأمناء.

وروایه إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا إبراهیم (علیه السلام) عن الرجل یرهن العبد أو الثوب أو الحلی أو متاع البیت، فیقول صاحب المتاع للمرتهن: أنت فی حلّ من لبس هذا الثوب، فألبس الثوب وأنتفع بالمتاع واستخدم الخادم، قال: «هو له حلال إذا أحله، وما أحب أن یفعل»، قلت: فارتهن داراً لها غله لمن الغله، قال: «لصاحب الدار»، قلت: فأرتهن أرضاً بیضاء فقال صاحب الأرض: ازرعها لنفسک، فقال: «هو حلال لیس هذا مثل هذا، یزرعها لنفسه بماله، فهو

له حلال كما أحله، لأنه يزرع بماله ويعمرها»((۱)).

وعن محمـد بن قيس، عن أبی جعفر (علیه السـلام): «إن أمیر المؤمنین (علیه السـلام) قال: «فی الأرض البور یرتهنها الرجل لیس فیهـا ثمره فزرعهـا وأنفق علیهـا مـاله، أنه یحتسـبه نفقته وعمله خالصـاً، ثم ینظر نصـیب الأـرض فیحسـبه من ماله الـذی ارتهن به الأرض حتی یستوفی ماله، فإذا استوفی ماله فلیدفع الأرض إلی صاحبها»((۲)).

وعـن أبی العبـاس، عـن أبی عبـد الله (علیـه السـلام) فی حـدیث قـال: «وقضـی فی کـل رهـن لـه غلـه أن غلتـه تحسـب لصـاحبه علیه»((۳)).

وعن إبراهیم الکرخی، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السـلام) عن رجل رهن بماله أرضاً أو داراً لها غله کثیره، فقال (علیه السلام): «علی الذی ارتهن الأرض والدار بماله أن یحتسب لصاحب الأرض والدار ما أخذه من الغله، ویطرحه عنه من الدین له»((۴)).

وعن محمد بن قیس، عن أبی جعفر (علیه السلام) قال: «إن رهن رجل أرضاً فیها ثمره، فإن ثمرتها من حساب ماله وله حساب ما عمل فیها وأنفق منها، فإذا استوفی ماله فلیدفع الأرض إلی صاحبها»((۵)).

إلی غیرها من الروایات التی تأتی جمله أخری منها أیضاً.

ولا یخفی أن الأحکام التی یمکن التکلم حولها هنا أربعه:

تصرف الراهن، أو المرتهن، والنفقه

۱- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص ۱۳۰ الباب۸ ح۱، التهذیب: ج۲ ص۱۶۵و ۶۴
۲- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۳۲ الباب ۱۰ ح۲، التهذیب: ج۲ ص۱۶۴
۳- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۳۲ الباب ۱۰ ح۴، التهذیب: ج۲ ص۱۶۵
۴- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۳۲ الباب ۱۰ ح۵، الفقیه: ج۲ ص۱۰۰
۵- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۳۳ الباب ۱۰ ح۶، الفقیه: ج۲ ص۱۰۱

والغله ونحوها والشرط:

والأصل فی التصرف أن للراهن التصرف، والمرتهن ممنوع عن التصرف، إذ الرهن لیس إلاّ وثیقه، والوثیقه إنما تمنع التصرف الذی یکون خلاف کونه وثیقه، أما سائر التصرفات فهی علی الأصل للراهن لأنه ملکه.

ومنه یعلم وجه عدم حق المرتهن فی التصرف.

ویؤید جواز تصرف الراهن ما رواه محمد بن مسلم، عن أبی جعفر (علیه السلام)، فی رجل رهن جاریته قوماً أیحل له أن یطأها، قال: فقال: «إن الذین ارتهنوها یحولون بینه وبینها»، قلت: أرأیت إن قدر علیها خالیاً، قال (علیه السلام): «نعم، لا ـ أری به بأساً»((1)).

وفی روایه أخری مثله، إلاّ أنه (علیه السلام) قال: «إن قدر علیها خالیاً ولم یعلم به الذین ارتهنوها»((2)).

وفی روایه الحلبی، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام)، وذکر مثله إلاّ أنه (علیه السلام) قال: «نعم لا أری هذا علیه حراماً»((3)).

وهذه الروایات کلها صحاح.

ومنه یعلم أن ما فی روایه الدعائم یحمل علی الأولی، خصوصاً بقرینه ذیلها.

فقد روی عن أبی جعفر (علیه السلام) أنه قال: «إذا رهن الرجل الجاریه، وأراد أن یطأها بغیر إذن المرتهن عنده لم یکن له ذلک، وإن وصل إلیها فوطأها فلا

۱- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۳۳ الباب ۱۱ ح ۱، التهذیب: ج ۲ ص ۱۶۴

۲- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۳۳ الباب ۱۱ ح ۱

۳- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۳۳ الباب۱۳ ح ۲، التهذیب: ج ۲ ص ۱۶۴

شیء علیه، وإن علقت منه قضی الدین من ماله وردت إلیه، وکانت أم ولد إذا ولدت»((۱)).

وقد جوز الشیخ التزویج مستدلا علیه بقوله تعالی:(وَأَنکِحُوا الْأَیَامَی مِنکُمْ)((۲)).

وأجاز العلاّمه فی التذکره والشهید فی الدروس، وأبو العباس والصیمری والشهید الثانی وغیرهم فی محکی کلامهم، جواز التصرف بما یعود به النفع علی المرتهن، کمداواه المریض ورعی الحیوان وتأبیر النخل وختن العبد وخفض الجاریه إن لم یؤد إلی النقص.

وقد جزم بجواز الوطی المذکور الکاشانی والبحرانی، ومال إلی العمل بالروایات المتقدمه الأردبیلی والخراسانی، ولیس فی قبال ذلک إلاّ أمور:

الأول: الشهره المحققه فی عدم الجواز، والإجماع المدعی، وقد ذکر تفصیل أقوالهم فی ذلک مفتاح الکرامه، وتبعه الجواهر.

الثانی: النبوی (صلی الله علیه وآله): «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف»((۳)).

الثالث: إن المنع مقتضی الرهن.

وفی الکل ما لا یخفی، إذ الإجماع لیس محققاً، والمنقول لیس بحجه، خصوصاً وظاهر کلامهم استناده، کما عن التذکره والمسالک وغیرهما من الاستدلال للمنع بأن وجه الحکمه وهو تحریک الراهن إلی الأداء تنتفی بجواز التصرف، فلو جاز الانتفاع ولو فی الجمله لانتفت الفائده، وفیه: إن

۱- مستدرک الوسائل: ج۲ ص۴۹۵ الباب ۱۱ ح۱

۲- سوره النور: الآیه ۳۲

۳- مستدرک الوسائل: ج۲ ص۴۹۶ الباب ۱۷ ح۶

الرهن وثيقه والتصرف غير المنافى للوثاقه لا يمنع، ولذا تراهم قد أكثروا من مواضع الخلاف بالمنع والإجازه.

قال فى الجواهر فى النقل من بعض المجوزين للتصرف: وكذا ما لا ـ ضرر فيه على المرتهن من التصرف، كتقبيل الجاريه والاستخدام ولبس الثوب ومسكن الدار وركوب الدابه ونحو ذلك، إذا كان بحيث لا ضرر فيه بنقص للمرهون ونحوه.

ثم بعد أن مثل بمداواه المريض ورعى الحيوان وتأبير النخل وخفض الجاريه وختن العبد والفصد والحجامه ونحو ذلك، قال: صرّح به الفاضل والشهيدان وغيرهم من المتأخرين. بل عن المبسوط التصريح بعدم المنع من الثلاثه الأخيره أيضاً.

ثم بعد أن ذكر إطلاق دليل المنع، قال: لكن فيه إن مقتضى الأصول الجواز، بل لا ينبغى التأمّل فى سقى الأشجار ورعى الدواب وعلفها ونحو ذلك مما يكون سبباً لحفظ المال، بل قد يشك فى إراده مطلق التصرف من المنع فى فتاواهم، وإن لم يتضمن انتفاعاً بحيث يكون كمال الغير الذى يحرم لمسه وحمله ونحوهما، بل فى المحكى عن الخلاف إذا زوّج الراهن عبده المرهون أو جاريته المرهونه كان تزويجه صحيحاً، كالمحكى عن المبسوط، إلاّ أنه قال: لا يسلم إلى الزوج إلاّ بعد الفك، وفى الدروس: وهو قريب، وفى المختلف بعد أن جعل المعتمد عدم الجواز قال: لو قيل: له العقد دون التمكين والتسليم كان وجهاً. قلت: هو كذلك، ومنه ينقدح صحه تدبير العبد المرهون، كما جزم به المختلف، بل الظاهر جواز غير التدبير من الوصيه لذلك، كما يشهد له فى

الجمله ما صرّح به الفاضل والكركى فى الفلس الممنوع من التصرف فى المال، إلاّ أنه غير ممنوع منها لذلك. بل عن الشيخ جواز إنزاء الحيوان المرهون والإنزاء عليه، إلى أن قال: فلو فرض إمكان انتفاع من دون تصرف فى العين لم يبعد جوازه، وفى المسالك: قد حكى عن الشيخ أنه أطلق له أجره، فالأجره له، ويمكن تأييده بقوله (صلى الله عليه وآله): «له غنمه، وعليه غرمه»((1))، انتهى ملخصاً.

ويظهر من الوسائل والمستدرك توقفهما فى المسأله.

وبذلك ظهر وجه النظر فى الشهره المحققه، والإجماع المدعى، وأنهما ظاهر الاستناد لا محتمله فقط، والنبوى ضعيف السند لا يقاوم الصحاح المتقدمه وغيرها، بالإضافه إلى قرب احتمال التصرف الذى كان منافياً لكونه وثيقه، بل لعل ذلك هو المنصرف منه بقرينه الحكم والموضوع.

أما مقتضى الرهن، فقد عرفت أنه ليس أكثر من التصرف الذى ينافى حق المرتهن، فالقول بمقاله غير المشهور هو مقتضى القاعده، وإن كان الاحتياط فى اتباعهم.

ثم على القول بجواز تصرفه تصرفاً لا ينافى حق المرتهن، وعدم جواز تصرفه تصرفاً ينافيه، فإذا تصرف تصرفاً شمل كليهما، كما إذا كانت الإجاره لمده سنه منافيه، وللأكثر من السنه غير منافيه بالنسبه إلى ما بعد السنه، وأجرها سنتين مثلًا، فبالنسبه إلى غير المنافيه صحت، وبالنسبه إلى المنافيه توقفت على إجازه المرتهن، فان أجاز فهو، وإلاّ فإن كان المستأجر عالماً بالواقع بطلت الإجاره فى المنافيه، ولا شىء للمستأجر بالنسبه إلى الفسخ،

1- مستدرك الوسائل: ج2 ص495 الباب 10 ح3

وإن كان جاهلًا حق له الفسخ، لتبعض الصفقه، هذا كله بالنسبه إلى الراهن.

أما بالنسبه إلى المرتهن، فلا يجوز له التصرف فى العين، لما عرفت من أنه أجنبى، والرهن لا يقتضى التصرف، فإذا تصرف بالإجاره ونحوها توقف على إجازه الراهن، لأنه فضولى، فإن أجاز فالأجره له، لأنه المالك، وإن لم يجز بطل.

هذا كله فى الأمر الأول، وهو مسأله التصرف منهما.

أما الأمر الثانى: وهو المنفعه، فقد تقدمت فى الروايات أنها للراهن لأنه المالك، سواء كانت عيناً منفصله كالولد والبيض والثمر، أو متصله كالسمن والكبر والصوف وما أشبه، أو منفعه كمنفعه الدار والدكان، أو ارتفاع قيمته بسبب فيه كتعلم الحيوان، أو بلا سبب كارتفاع القيمه السوقيه.

ويدل عليه بالإضافه إلى ما تقدم، ما رواه الدعائم، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، أنه قال: «إذا كان الأمه أو الدابه أو الغنم رهناً، فولدت الأمه أو نتجت الدابه أو توالدت الغنم، فالأولاد رهن مع الأمهات»([1]).

ثم هل للمرتهن أن يتصرف فى الرهن فى قبال إنفاقه عليه، المشهور قالوا بالعدم، ولذا قال فى الجواهر مازجاً مع الشرائع: لا فرق فى عدم جواز تصرف المرتهن بين كونه قد أنفق على الرهن بوجه شرعى، أو لم ينفق، لقبح التصرف فى مال الغير على كل حال، وحينئذ فإن كان للرهن مؤنه كالدابه أنفق عليها، ولو كان قد تصرف فيها بركوب ونحوه ظلماً تقاصا، كما عن غير واحد مع اجتماع شرائط التقاص.

۱- مستدرك السائل: ج۲ ص۴۹۵ الباب۱۷ ح۲

وقال الشيخ والحلبى وابن سعيد وابن حمزه: إذا أنفق عليها كان له ركوبها، أو يرجع على الراهن بما أنفق.

أقول: ستأتى مسأله النفقه، وإنما الكلام الآن فى أنه هل له أن يتصرف فى قبال الإنفاق، فى غير مثل وطى الجاريه المرهونه، حيث أطبقوا على عدم الجواز كما هو مقتضى القاعده، لأن الفرج للراهن ولم يبحه، ولذا ذكروا وجوب المهر عليه إذا فعل.

قال فى القواعد: ويجب على المرتهن بالوطى العشر أو نصفه، ولو طاوعت فلا شىء، ونحوه ذكر الشرائع والجامع والتحرير والدروس واللمعه، وعن الروضه أنه المشهور، وعن الخلاف الإجماع عليه.

إلى غير ذلك من كلماتهم المنقوله فى مفتاح الكرامه وغيرها، قال جماعه تقدم أساميهم بذلك لصحيح أبى ولاد، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يأخذ الدابه أو البعير رهناً بماله أله أن يركبه، فقال (عليه السلام): «إن كان يعلفه فله أن يركبه، وإن كان الذى رهنه عنده يعلفه فليس له أن يركبه»((١)).

وخبر السكونى، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، عن على (عليهم السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «الظهر يركب إذا كان مرهوناً، وعلى الذى يركب نفقته، والدر يشرب إذا كان مرهوناً وعلى الذى يشرب نفقته»((٢)).

وعن البحار، عن موسى بن جعفر (عليه السلام)، عن آبائه (عليهم السلام)، قال: قال رسول الله

١- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٣۴ الباب١٢ ح١، التهذيب: ج٢ ص١۶۶

٢- وسائل الشيعه: ج١٢ ص١٣۴ الباب١٢ ح٢، التهذيب: ج٢ ص١۶۵

(صلی الله علیه وآله): «الرهن یرکب إذا کان مرهوناً، وعلی الذی یرکب الظهر نفقته»((1)).

وعنه (صلی الله علیه وآله) أنه قال: «الرهن محلوب ومرکوب»((2)).

وعن الغوالی، عنه (صلی الله علیه وآله) مثله. وزاد: «وعلی الذی یحلب ویرکب النفقه»((3)).

وقد ذکر المشهور الروایتین الأولتین وحملوهما علی جمله من المحامل، مثل مساواه حقی الراهن والمرتهن، والإذن للمرتهن بالاستفاده ولو للعاده، أو لأن رهنه مع عدم الإنفاق قرینه علی ذلک، إلی غیر ذلک من المحامل، وذلک لإعراض المعظم عنهما.

بل فی الجواهر: انحصار الخلاف فی النهایه التی هی متون أخبار ولیست کتاب فتوی، وفی أبی الصلاح الذی نقل لنا کلامه، ولیس النقل کالعیان، انتهی.

وإن کان فی حصره المذکور تأمل، فإن قیل بمقاله المشهور لا بد من الاقتصار علی مورد الروایه، لأنه خلاف القاعده لا یتعدی عنه إلی مثل إیجار الدار والدکان وثمره البستان فی قبال العنایه، إلی غیر ذلک، خصوصاً بعد قول التذکره لیس للمرتهن الانتفاع بالرهن بدون إذن الراهن بلاخلاف، والسرائر لا یجوز للمرتهن التصرف فی الرهن علی حال للإجماع وغیرهما، ولا یبعد الحمل الثانی، وإن کانت المسأله محل تأمل.

وأما الأمر الثالث: وهو النفقه، فهی علی الراهن لأنه المالک، وجعله وثیقه لا یوجب خلاف القواعد الأولیه، ویدل علیه بالإضافه إلی ذلک، ما دل علی

1- مستدرک الوسائل: ج2 ص495 الباب12 ح1

2- مستدرک الوسائل: ج2 ص495 الباب12 ح2

3- مستدرک الوسائل: ج2 ص495 الباب12 ح3

أن الخراج بالضمان، ومن له الغُنم فعليه الغُرم، بضميمه ما تقدم مما دل على أن فوائد الرهن للراهن.

وروايه الغوالى، عن النبى (صلى الله عليه وآله) قال: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه، له غُنمه وعليه غُرمه»((۱)).

وعليه فإذا أبى المرتهن من قيام الراهن بإنفاقه، كان له إجباره بسبب الحاكم، بل بدونه، لأنه حال بين ماله وبين التصرف فيه بالإنفاق، وكذلك حال الإصلاح، كما إذا مرض حيوان الراهن، أو أشرفت الدار المرهونه على الخراب، إلى غير ذلك.

نعم للمرتهن إذا خاف من استيلاء الراهن عليه بحجه الإنفاق والإصلاح المنع إلاّ تحت نظاره الحاكم أو ثقه أو ما أشبه، لأن له الحق فى التحفظ على حقه، وكذلك إذا امتنع الراهن من الإنفاق أو الإصلاح مما يضر تركه بالرهن، كان للمرتهن إجباره بسبب الحاكم.

أما إذا لم يضر رهنه، كما إذا رهن الدار فى قبال مائه وهى تسوى حتى بعد الخراب المائه وأكثر، أو كان المرهون فيلًا مثلًا مما لعظمه ونحوه ميتاً بقدر الدين، فإن المرتهن لا حق له فى الجبر إلاّ من باب النهى عن المنكر إذا كان عدم الإنفاق والإصلاح منكراً.

ثم إذا لم يمكن جبر الراهن على الإنفاق وأنفق المرتهن فله حق الرجوع إلى الراهن فيما أنفق، وذلك للإذن الشرعى الملازم عرفاً لذلك، كما أن الحال كذلك فيما إذا رأى إنسان دابه غيره تموت، أو داره تنهدم مما يلزمه الشارع

۱- مستدرک الوسائل: ج۲ ص۴۹۵ الباب ۱۰ ح۳

بالإنفـاق والحفـظ فـأنفق ورمم كـان له الرجوع، بخلاف ما إذا لم يكن أمر شـرعى، حيث لا حق له فى الرجوع وإن عمل وأنفق بقصـد الرجوع، إذ لا إذن شـرعى ولا مالكى، فللمالك الامتناع لأصاله العدم، ولأنه مسـلط على ماله ونفسه، فلا يخرج شـىء من كيسه بغير اختياره.

وإذا اختلف الراهن والمرتهن فى أن المرتهن أنفق أو لا، أو كـان محتاجـاً إلى الإنفـاق أو لا، أو أنفق كثيراً أو قليلًا، فالأصل مع الراهن، وكون المرتهن أميناً لا يوجب تقديم قوله المخالف للأصل بالحلف أو بدونه، مع أن على المدعى البينه.

ثم الظاهر أنه إذا غاب الراهن أو نحوه أن لا يُترك منافع الرهن تفسد، كأن لا يحلب الحيوان حتى يفسد حليبه، أو لا يعطى الماء للشـجر حتى تتساقط ثماره فاسده، أو ما أشبه ذلك، لأنه خلاف الأمانه المستفاده من النص والفتوى أنه أمين، بخلاف مال الجار مثلاً، حيـث لا يلزم على جـاره ذلـك إلاّ إذا كـان منكراً علـم مـن الشـارع إراده عـدمه، فحال الرهن بيـد المرتهن حـال العين المسـتأجره والوديعه والعاريه وأرض المزارعه ونخيل وأشـجار المساقاه بيـد المسـتأجر والودعى والمسـتعير والزارع والساقى، إلى غير ذلك.

ومما تقـدّم يظهر موضع النقد فى كلمات جمله من الفقهاء، ومنهم المسالك، حيث قال: وأما النفقه فإن أمره الراهن بها رجع بما غرم، وإلاّ اسـتأذنه، فإن امتنع أو غاب رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق هو بنيه الرجوع وأشـهد عليه ليثبت له اسـتحقاقه، فإن تصرف مع ذلك فى شىء مما ذكر سابقاً (كالركوب واللبن) ضمنه مع الإثم، وتقاصا ورجع ذو الفضل بفضله، انتهى.

وعليه فإذا أمكن إبقاء الثمر أبقاه، كالنتاج والثمر بعد التجفيف والصوف وما أشبه، وإلا كان له مستقلاً أو بعد الرجوع إلى الحاكم صرفه أو بيعه أو ما أشبه، ثم ينقص ذلك من دينه، أو يدخر ثمنه وبدله له، واللازم هو حفظ العين ثم البدل.

ولو أمكن أمران، مثل بيع البيض لدجاج الراهن وحفظ ثمنه، أو استفراخه، فهل يتساويان أو لا، الظاهر ترجيح ما يكون مقتضى الأمانه من التساوى أو تقديم أيهما.

ومنه يعلم لزوم عدم العمل بخلاف الأمانه إذا لم يكن الحاكم قام بنفسه فيما لم يمكن مراجعه الراهن، مثلاً لو كانت الرهانه حيواناً إذا لم يذبح مات لتفشى المرض، أو داراً إذا لم تبع أخذها الغاصب، أو نقداً وضع بعنوان الرهانه إذا لم يصرف سقط عن الاعتبار، إلى غير ذلك من الأمثله، فان فى كل ذلك يلزم مراعاه مقتضى الأمانه، فإن كان مقتضاها واحداً عمل به، وإن كان متعدداً مع الترجيح عمل بالراجح الذى خلافه خلاف العمل بمقتضى الأمانه، وبدون الترجيح يتخير، وجزئيات المسأله كثيره لا داعى للتعرض إليها.

ومنه يعلم حال ما إذا يصيبه التنزل مما يكون تركه بحاله خلاف الأمانه.

وكيف كان، فإذا لم يفعل ما يقتضيه الأمانه، فإن كان تفريطاً ضمن، وإلا بأن كان عن جهل بالموضوع ونحوه لم يضمن، والله سبحانه العالم.

وأما الرابع: وهو مسأله الشرط، فكل شرط من أحدهما على الآخر أو من كليهما لم يخالف الكتاب والسنه جائز للإطلاقات، ومما يخالف الكتاب ما إذا شرط المرتهن على الراهن التصرف فى الرهن مجاناً، حيث إن ذلك يوجب الربا، كما إذا أعطى مائه مثلاً قرضاً، ويسترد المائه وفوق المائه

يتصرف فى الدار سنه، ومنفعه الدار تسوى عشره.

نعم يصح ذلك فى صور، مثل أن يشترط أن له منافع الدار فى قبال حفظها وتعميرها وما أشبه، حيث إن المنفعه صارت فى قبال ذلك، ولذا تقدم فى الروايات: «إن كان يعلفه فله أن يركبه»، و«على الذى يركب نفقته»، إلى غير ذلك.

ومثل أن يشترط الراهن على المرتهن شيئاً، حيث إن المدين أخذ الزياده عكس الربا، فقد استدان مائه وشرط على المرتهن خياطه ثوبه مما أجرتها عشره ويرد عليه مائه فقط، وقد تكون المعامله عقلائيه، حيث إن المال إذا كان عند المرتهن كان مخطوراً، فكان المرتهن أعطى شيئاً لأجل حفظ الراهن ماله، ومثل أن تكون الزياده التى تصيب المرتهن بشرب لبن الحيوان وركوبه وكون نتاجه له وسكنى الدار وغيرها فى قبال الزياده المضاربيه للمال، أو زياده النفع فى قرض مثل الدابه وإعطاء المقترض دابته رهناً، كما لو أخذ الفرس قرضاً وأعطاه البعير عاريه، فإن فى كلا الطريقين نفعاً فلا ربا، وكذلك فى النفع المضاربى للقرض، كما إذا كان نفع المائه عشره للمائه بإضافه نفع عشره أخرى لسعى الراهن، إذ الربح يقسم بين رأس المال الذى هو عمل متراكم، وبين العمل الحالى فى رأس المال.

وعليه فإذا اقترض الراهن مائه لسنه، فقد أخذ مائه وعشره فى الحقيقه، فإذا شرط عليه المرتهن شرب حليب الرهن وهو يسوى عشره لم يأخذ المرتهن من الراهن زائداً، ولا فساد فى المال الذى هو عله حرمه الربا، ومثل أن تكون الزياده لأجل التنزل أو التضخم، كما إذا اقترض منه مائه فى يوم قوه المائه الشرائيه بقدر ضعف قوه المائه الشرائيه فى يوم رد المائه بعد سنه، حيث

مثلاًـ تشترى بالمائه حين القرض عشره شياه، وفى يوم الرد خمس شياه، فإن للمرتهن أن يشترط على الراهن التصرف فى داره هذه السنه، فيما كان إيجار الدار بقدر التفاوت، أى الخمسون الذى يتنزل النقد فى خلال السنه بقدر ذلك الخمسين، وتكون النتيجه أن المقترض أخذ مائه وأرجع خمسين، لأن المائه حال الوفاء يساوى الخمسين، وإيجار الدار الذى يساوى الخمسين أيضاً، إلى غير ذلك من الأمثله.

أما مع فرض العكس، بأن كانت قوه النقد الشرائيه فى يوم الإرجاع أكثر من قيمته يوم القرض، بأن كانت مائه يوم القرض ومائتين يوم الرد، فقد ذكرنا فى (الفقه: الاقتصاد) وغيره عدم بعد أن يعطى بقدر القوه الشرائيه، أى خمسين فى المثال، إذ النقد الورقى واسطه فقط، فلا اعتبار عند الواقع إلاّ بقوّته الشرائيه، وعليه يترتب مسأله الرهن فيما ضمن فيه.

ولاـ يخفى الفرق بين النقد ورقاً كما فى الحال، وذهباً كما فى زمان الروايات، إذ الذهب له قيمه ذاتيه فليس حواله، بخلاف الورق، والمسأله سياله تجرى فى المهور والوصايا والأوقاف والإجارات والأقارير وغيرها، كما فصلناه فى بعض مباحث الفقه.

وكيف كان، فالشرط مطلقاً صحيح إلاّ إذا خالف الكتاب أو مقتضى العقد، كما قرر فى محله.

ويؤيده فى المقام ما رواه الدعائم، عن أبى جعفر (عليه السلام)، أنه قال: «فى كراء الدواب والدار المرهونه وغله الشجر والضياع المرهونه ذلك كله للراهن، إلاّ أن يشترط المرتهن أن يكون رهناً مع الأصل»((1)).

ص:146

1- مستدرك الوسائل: ج2 ص495 الباب 10 ح1

ثم إذا شرط فاللازم بقدر الشرط ولو ارتكازاً لا أكثر، فلو شرط أن يكون نتاج الحيوان أيضاً رهناً فأنتج اثنين، بينما كان الارتكاز واحداً، لم يجعل إلّا أحدهما رهناً حسب التراضي في التعيين، فإن تعاسرا فالقرعه، وإن أبى المشروط عليه من تنفيذ شرطه فإن أمكن إجباره فهو، وإلّا كان للمشروط له حق الفسخ، ويترتب عليه ما إذا لم يكن رهن.

نعم، إذا كانت الخصوصيه قيداً لا شرطاً بطل بمجرد عدم حصول القيد، لأنه لا عقد بدونه.

ثم إذا كان الشرط انتفاع المرتهن بنتاج الراهن ولم يكن نفع، كما لو لم يثمر الشجر أو الدابه أو ما أشبه، فإن كان الأمر على نحو القيد بطل كما تقدّم، وإن كان على نحو الشرط حق له الفسخ.

أما إذا لم يكن شرط ولا قيد وانتفع المرتهن بدون إجازه الراهن، كان له استرداده منه، فإن لم يمكن حق له التقاص لأدلته، وخصوص ما رواه الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «الرهن لا ينتفع به، وما انتفع به من الرهن حسب مما هو فيه وقوصص به» ((۱))، فإنه يصلح مؤيداً.

بالإضافه إلى جمله من الروايات السابقه الداله على التراد في الفضل.

ص:۱۴۷

۱- مستدرك الوسائل: ج۲ ص۴۹۵ الباب۸ ح۲

مسأله ۲۴ الإستیفاء من الرهن

(مسأله ۲۴): قال فی الشرائع: ویجوز للمرتهن أن یستوفی دینه مما فی یده إن خاف جحود الوارث مع اعترافه.

أقول: ذلک لأنه یتقاص عن حقه بـذلک بعـد خوفه من الجحود الـذی یوجب ذهاب حقه إن لم یتقاص، والأصل فی ذلک بعد مطلقات التقاص مکاتبه المروزی لأبی الحسن (علیه السلام): فی رجل مات وله ورثه فجاء رجل فادعی علیه مالاً وأن عنده رهناً، فکتب (علیه السلام): «إن کان له علی المیت مال، ولا بینه له، فلیأخذ ماله مما فی یده، ویرد الباقی علی ورثته، ومتی أقر بما عنده أخـذ به وطولب بالبینه علی دعواه وأوفی حقه بعد الیمین، ومتی لم یقم البینه والورثه ینکرون، فله علیهم یمین علم، یحلفون بالله ما یعلمون له علی میتهم حقاً»((۱)).

ومقتضـی القاعـده عـدم الفرق بین کون الطرف للمرتهن نفس الراهن أو ورثته أو غیرهمـا، کمـا إذا أعطی لمتولی المسـجد دیناً لأجل بناء المسجد، وأخذ منه شیئاً للمسجد رهناً، حیث إنه یصح ذلک، فیما یصح رهنه من ممتلکات المسجد.

کما أن الحکم کذلک فی صوره علمه بالإباء.

أمـا فی صـوره ظنه أو خوفه الـذی قـد یکون وهمـاً، إذ الخوف حـاله نفسـانیه تنسـجم حـتی مع الوهم، أو فی صوره علمه بعـدم الإنکـار، لکن إیجاب المشـقه علیه، أو فی صوره الاحتیاج إلی البینه الموجوده عنـده أو حلفه، لأنه دعوی علی المیت، فمقتضـی القاعـده الأولیه أن الأمر دائر مدار الواقع من امتناع الراهن أو ورثته من الأداء، لأن التقاص کسائر الألفاظ موضوع علی الواقع من غیر مدخلیه علم أو جهل، إلاّ فیما خرج بالدلیل.

۱- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص ۱۴۰ الباب ۲۰ ح ۱، التهذیب: ج ۲ ص ۱۶۶

وعليه، فإذا تيقن الجحود وباع ثم ظهر الخلاف، كان البيع فضولياً، توقف على إجازه الراهن.

وكذا إذا أخذ بعض الرهن تقاصاً، ثم ظهر الخلاف أرجعه وأخذ الدين، وكذا لو انعكس بأن تيقن أنه لا يجحد ومع ذلك باعه بسبب عدم مبالاته مما زعم أنه فضولى، ثم ظهر أنه كان جاحداً، كان البيع صحيحاً، هذا حسب القواعد الأوليه.

أما حسب الدليل الثانوى، فالظاهر كفايه الخوف حيث دليل «لا ضرر»، فإن فى موارد الخوف بعضها مطابق للواقع، فإذا لم يأذن الشارع بالبيع والاستيفاء كان معنى ذلك أن الشارع سبب ضرر المرتهن، وحيث إن الشارع لا يسبب الضرر كان جواز الاستيفاء بالبيع أو غيره مقتضى القاعده.

ولذا قال فى الرياض، فيما حكى عنه: صرح بذلك الأصحاب من غير خلاف يعرف، وعن شرح الإرشاد الإجماع على أن للمرتهن الاستيفاء من الرهن إن لم يكن وكيلاً ـ فى البيع أو انفسخت وكالته بموت الراهن إن خاف جحود الراهن أو الورثه للحق، ولم يمكن إثباته عند الحاكم لعدم البينه، أو غيره من العوارض.

وعن مجمع البرهان الإجماع أيضاً، إن لم تكن له بينه مقبوله، أو لم يمكن إثباته عند الحاكم.

ومنه يظهر وجه النظر فى كلام المسالك، حيث قال فى تفسير كلام المحقق: المراد الخوف المستند إلى القرائن المثمره للظن الغالب.

وعلى هذا، ففى صوره خوفه من أى سبب كان يجوز له التقاص، لكن

إذا لم يوجب التقاص ضرراً على الراهن وإلا ـ تعارض الأمران، مثلاً ـ إذا باع نصف دار الراهن، ونصفها بمائه قدر دينه، صار النصف الآخر مائه بينما النصفان معا بثلاثمائه، وكذا إذا باع فرده حذائه، حيث كان الرهن الفردتين.

وإذا تعارض الضرران، فإذا كان السبب إنكار الراهن أو ورثته مع علمهما لم يبعد تقديم «لا ضرر» المرتهن، إذ الراهن بإنكاره عمداً أوجب ضرراً على نفسه، لا ـ أن الشارع أوجب ضرره، فيكون حاله حال من يقدم على الاشتراء بالأكثر، حيث لا خيار له، لأنه أوجب ضرر نفسه بإقدامه.

وإذا كان السبب نسيان الراهن، أو جهل ورثته مثلًا، قدم أقل الضررين إن كان أحدهما أقل، ومع التساوى حق للمرتهن التقاص، مثلًا إذا باع نصف الدار حيث لا يمكن بيع كل الدار، تضرر الراهن بقدر مائه، وإذا لم يبع فاته دينه الذى هو خمسون، فإنه لا يحق إضرار الغير بقدر مائه، حيث يدفع ضرر خمسين عن نفسه.

فإن الإنسان وإن حق له دفع الضرر المتوجه إلى نفسه، وإن علم أن ضرراً أكبر يتوجه إلى غيره، مثل أن يهرب عن لص يريد سلب ماله وهو خمسون، وإن علم أنه يذهب بسبب عدم وجدانه لمال هذا، إلى إنسان آخر فيسرق من ماله مائه، كما قرر فى بحث «لا ضرر»، إلاّ أن ذلك حيث إن الإنسان لم يوجب ضرر غيره.

أما إذا أوجب نفس الإنسان ضرر الغير، فدليل «لا ضرر» كما يمنع أصل الضرر يمنع زيادته، لانحلال كل ضرر إلى عده أضرار، مثلاً ـ إذا ذهب بالليل إلى الغابه لأخذ دينه من بقال هناك عرف الأسد موضع البقال فذهب وافترسه، وإن لم يذهب فإنه دينه، فإن الداين أمره دائر بين أن يضرر نفسه أو يضرر بضرر أكثر البقال، فيقدم «لا ضرر» البقال على «لا ضرر» نفسه، وتفصيل هذه المسائل فى

بحث «لا ضرر».

ثم إذا دار الأمر بين أن يأخذ نصف الدار، حيث يتضرر الراهن فی نصفه الآخر، وبين بيع كل الدار حيث لا يتضرر، وإنما تفوت العين على الراهن، قدم البيع لتقدم دليل «لا ضرر» على دليل عدم التصرف فی ملك الغير عند الجمع بينهما عرفاً.

نعم، لو دار الأمر بين أن يبيع الدار بمائه ويرجع نصف القيمه، لأن دينه خمسون، أو يبيع نصف الدار، ويرجع نصفها الآخر، حيث لا تفاوت بين العين والقيمه، لا حق له فی بيع الكل، لأنه تصرف فی النصف الثانی من غير وجه.

ومما تقدم يعرف أنه لو اعترف الراهن أو ورثته بالدين، لكن بالأقل من الواقع، يكون حال التقاص حال عدم اعترافهم، لأن فی المورد أيضاً عدم اعتراف بالدين فی الجمله، فيأتی فيه الدليل المتقدم فی عدم الاعتراف بالكل.

ولو كان عند المرتهن الرهن وشیء آخر للراهن، فهل يحق له أن يتقاص من أيهما، أو اللازم التقاص من الرهن فقط، احتمالان، من إطلاق دليل التقاص، ومن وجود رهن فی قبال هذا الدين، والثانی أقرب.

والظاهر أنه لا ـ يحق للمرتهن التقاص إذا استعد الراهن فی إعطاء دينه، لكن بعنوان آخر، مثلاً يزعم الراهن أن الرهن وديعه فلا دين فی قباله، وإنما يطلبه المرتهن أرش جنايه أو ما أشبه، فإن استعداده للدفع إلى المرتهن بقدر دينه يكفی فی عدم التقاص، لأنه خلاف الأصل لا يصار إليه إلاّ فی صوره الاضطرار، والمفروض أنه لا اضطرار فی المقام، هذا كله فی صوره علمه بالإباء أو خوفه.

أما فی صوره عدم الإباء ولكن توجب مشقه، فإن كانت بقدر العسر

والحرج، لم يبعد جواز المقاصه لرفعهما، فإنه إذا جمع مع حقه فى ماله اقتضى حقه فى الاقتصاص.

فلا يقال: رفع العسر لا يوجب التكليف.

إذ يقال: إنه كما ذكره الشيخ وغيره من أن رفع الضرر يوجب خيار الغبن.

أما إذا لم يكن أى ذلك، كما لو كانت عنده بينه، فاللازم الرجوع إلى الحاكم، لأنه دعوى على الميت، إذ لا محذور يقف فى وجه أصاله عدم التقاص.

قال فى الجواهر: ومن وجوب الاقتصار فيما خالف أصل عدم جواز التصرف فى مال الغير بغير إذنه على المتيقن، يعلم الوجه فى اعتبار عدم البينه، ونص عليه الخبر وفاقاً لجماعه، وإن أطلق المصنف بل وغيره، بل عن مجمع البرهان التصريح بأنه لا يشترط عدم البينه، ولا عدم إمكان الإثبات عند الحاكم، بل قال: والروايه غير صريحه بالاشتراط، وإنما فيها إشعار يمكن أن يكون قد خرج مخرج الغالب، انتهى.

ومما تقدم يظهر حال ما إذا كان بعض ورثه الراهن يعترفون، وبعض ورثته لا يعترفون.

أما إذا أمكن المرتهن أن يأخذ ماله من الراهن أو ورثته خلسه، فالظاهر أنه مقدم على التقاص، إذ فى التقاص تبديل العين بالقيمه، وتشخيص كل طلبه فى هذا الشخص، وفى الاختلاس الثانى فقط، ففيه خلاف أصل واحد.

ومنه يعلم تقدم التقاص من الرهن الذى عنده من التقاص من مال آخر عند الراهن، لأن الاختلاس خلاف الأصل لا يصار إليه إلا مع الضروره، ولا ضروره مع وجود الرهن.

ولو كان مال المرتهن الذى عند الراهن مثلياً، وكان الرهن النقد كان كالعكس، أى كون مال المرتهن النقد وكان الرهن مثلياً.

ص:۱۵۲

مسأله ۲۵ لو كان الرهن بيد عدل

(مسأله ۲۵): قال فی الشرائع: وإذا وضعاه على يد عدل، فللعدل رده عليهما، أو تسليمه إلى من يرتضيانه، ولا يجوز له تسليمه مع وجودهما إلى الحاكم، ولا إلى أمين غيرهما من غير إذنهما، ولو سلمه ضمن.

أقول: أما الحكم الأول، فلأن العدل لا لزوم عليه فی إبقائها عنده، فالأصل حقه فی رد الوثيقه عليهما، ولا حق له فی رده على أحدهما، ولو فعل ضمن، إذ هو حق كليهما، وإن كان الحق مختلفاً، لكنه إذا فعل فأعطى العين للراهن ضمن للمرتهن بقدر دينه لا أكثر، إذ حقه ليس أكثر من ذلک، وإنما يضمن له بقدر دينه إذا كانت العين بقدر الدين أو أكثر.

أما إذا كانت أقل، فإن تمكن المرتهن من أخذ كل دينه بواسطه وجود العين عنده، كان الراد للعين ضامناً لكل دينه، لأنه أتلف كل دينه بردّه إلى الراهن، وإن لم يتمكن إلاّ بأخذ قدر قيمه العين، لم يضمن الراد إلاّ بذلک القدر، لأنه لم يتلف عليه إلاّ بذلک القدر.

أما إذا أعطى الأمين العين للمرتهن، فإن تمكن الراهن من استرجاعها، فلا شیء على الأمين، وإن لم يتمكن فإن كانت العين بقدر الدين أو أقل لم يضمن الأمين شيئاً، إلاّ إذا سبب إعطاؤها الأمين للمرتهن أن المرتهن تمكن من تزييف الواقع، بأخذ دينه عند الحاكم بدون رد الرهن، لأن دينه كان ثابتاً ولم يتمكن الراهن من إثبات الرهن، فإن الراهن له حق الرجوع إلى الأمين الذی سبب فوت العين من يده، وإن كانت العين أكثر من الدين كان للراهن الرجوع بالتفاوت على الأمين، لأنه الذی سبب فوته عن يده.

أما ما ذكره الشرائع ثانياً بقوله: ولا يجوز له تسليمه مع وجودهما إلى الحاكم، فهو كما ذكره، لأن الحاكم ولی الغائب والقاصر والممتنع،

والمفروض حضورهما وعدم قصورهما وعدم امتناعهما عن التسليم.

وعليه فإذا سلمه إلى الحاكم كان ضامناً، فإن كان الحاكم أيضاً عالماً كان ضامناً، وإن لم يكن عالماً كان ضامناً بدون قرار الضمان، ولذا قال فى الجواهر: ضمن هو ومن تسلمه، وإن كان له الرجوع إلى العدل مع الغرور.

أقول: الحاكم إما أن يتسلم مع جهله بالموضوع، أو مع علمه بالموضوع وعلمه بالحكم، أو جهله بالحكم جهلاً عن عذر، أما إذا كان عن علم وعمد أو جهل غير عذر، فقد سقط من العداله، اللهم إلّا إذا تسلمه وسقطت عدالته ثم تاب ورجعت ملكته.

وعلى أى حال، فالضمان لا يتبع العلم والجهل، وإنما قرار الضمان على من أتلفه ونحوه إذا لم يكن غرور، والّا فالقرار على الغار، حسب القاعده المذكوره فى كتاب الغصب.

وإذا سلمه الأمين إلى غيره بدون إذنهما، حيث يشترط إذنهما، ولكن كان ذلك بإجازه الحاكم بدون أن يكون للحاكم ولايه، فالظاهر أن الضمان على الحاكم، لأنه الغار فيما لم يعلم الآخذ والمعطى عدم حق الحاكم فى ذلك، فإن كان الحاكم فعل ذلك خطأً، كان خطائه فى بيت المال، وإلّا كان على نفسه.

ومن ذلك يظهر الوجوه الثمانيه للمسأله، من علم الأمين وجهله، مضروباً فى علم الحاكم وجهله، مضروباً فى علم الآخذ وجهله.

ولو سلمه الأمين إلى أحدهما بموافقه الآخر، أى إلى الراهن أو المرتهن، فلا شىء عليه، وإن لم يكن بموافقه الآخر فإن كان تسليمه بحق، كما إذا كان اللازم تسليم الرهن إلى الراهن لأنه ملكه، وحصلت الوثيقه بتسجيله رهناً فى دائره الدوله مثلاً، وقد

سلمه إلى الراهن، أو كان اللازم تسليمه إلى المرتهن لاقتضاء عقد الرهن بينهما ذلك، فلا شيء عليه، لأنه سلّم الحق إلى أهله، وإن لم يكن تسليمه إلى من سلّمه حقاً، كان كل واحد من الأمين والآخذ ضامناً، وقد تقدّم قدر الضمان بالنسبه إلى حق الراهن وحق المرتهن.

ومما تقدّم ظهر وجه قول الأردبيلى (رحمه الله) حيث جوّز تسليمه إلى الراهن، لأنه مالك، ولاستصحاب جواز تسلمه، فإنه لا بد من أن يحمل على ما تقدم مما كان الرهن لا يستلزم تسليم الحق إلى المرتهن.

فقول الجواهر: إن كلامه غريب، إطلاقه محل نظر.

كما أن من ذلك يظهر أن من يرى عدم الضمان فى تسليمه إلى المرتهن ينظر إلى ما كان حقاً له، فإطلاق الإشكال عليه أيضاً غير وجيه.

وكيف كان، فقد قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: ولو امتنعا عن قبضه من العدل بعد أن طلب منهما، أقبضه الحاكم الذى هو ولى الممتنع، ولو كانا غائبين وأراد تسليمه إلى الحاكم أو عدل آخر من غير ضروره لم يجز ويضمن لو سلم، هو ومن تسلمه، وكذا لو كان أحدهما غائباً سلمه إلى الحاكم، ولو دفعه إلى غيره من غير إذن الحاكم ضمن، انتهى ملخصاً.

أقول: إذا سلم الراهن والمرتهن الرهن إلى أمين وديعه مثلاً، فإن كان الشرط عليه فى ضمن عقد ولو ارتكازاً أن يبقى عنده، لا حق له فى الدفع إليهما أو إلى الحاكم إلّا إذا قبلا، لأن الشرط حقهما فلهما إسقاطه، ولو أسقط أحدهما دون الآخر لم يسقط، لأن لازم الوفاء لهما بمقتضى «المؤمنون» أن لكل منهما شرطاً، فليس شرطاً واحداً مقوماً بهما حتى يفقد الكل بفقد الجزء.

ص:١٥٥

أما إذا لم يكن شرطاً، كان له الحق فى الإرجاع إليهما، لقاعده تسلط الناس على أنفسهم، فإذا أبيا عن تسلمه، أو لم يقدر عليهما لغيبه ونحوها، حق له التسليم إلى الحاكم، لأنه ولى الممتنع والغائب ونحوهما.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الشرائع بالضمان بتسليمه إلى الحاكم، إذ الضمان خلاف تسلط الناس على أنفسهم، وتعليل الجواهر له بوجوب الصبر عليه إلى حال الحضور من الغيبه التى لا۔ تقصير معها، والأصل عدم ولا۔يه الحاكم فى مثل ذلك، مستشهداً بكلام المسالك فى الودعى: ليس له دفع الوديعه إلى الحاكم مع غيبه المالك إلاّ مع الضروره، غير ظاهر الوجه، إذ دليل تسلط الناس لم يدفعه شيء حتى فيما إذا أعطاهما كلاماً أنه يحفظه إلى حين حضورهم، إذ الكلام وعد غير واجب الوفاء.

ثم إذا أراد الأمين التسليم، فاللازم أن يسلمه إلى الحاكم أو أمينه، وهما فى عرض واحد، إذ لا دليل على الترتب، بل كونه نائبه يجعله مثله فى الأحكام إلاّ۔ ما خرج بالدليل، فإذا سلمه إلى غيرهما ولو كانا عدلين ضمن، لأنه سلمه إلى غير أهله، فلم يكن إجازه شرعيه ولا مالكيه، كما قال به الشرائع والجواهر وغيرهما.

أما لو تعذر الحاكم وأمينه واضطر إلى الإيداع، فلا إشكال فى جواز إيداعه العدل، بل الثقه على ما رجحناه من روايه «إن كان مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس»، خلافاً للشيخ المرتضى (رحمه الله) وغيره، حيث اشترطوا العداله، وحينئذ لا ضمان.

أما إذا لم يكن اضطرار، فهل اللازم حفظه بنفسه، أو يجوز دفعه إلى الثقه، وكذا إذا امتنع الحاكم وأمينه من التسلم، مقتضى تسلط الناس على

أنفسـهم ذلك، ولم يكن قبوله من الراهن والمرتهن ملزماً لحفظه عنده، بل ملزم لأن لا يعمل فيه عملاً غير عقلائى، والتسليم إلى الثقه ليس عملاًـ غير عقلاـئى، ومـا فى الجواهر من أنه أودع من ثقه وأشـهد، الظـاهر أنه من باب الاحتياط، إذ الإشـهاد لا يرتبط بالجواز، وإنما ينفع عند التنازع.

ولما ذكرناه قال فى القواعد: لو امتنعا لم يضمن بالدفع إلى العدل مع الحاجه وتعذر الحاكم، لكن قد عرفت وجه الكلام فى كل من اشتراطى التعذر والعداله.

ولو دفعه إلى الثقه زاعماً أنه غير ثقه، من جهه اللا مبالاه، فالظاهر عدم الضمان، لأن الحكم دائر مدار الواقع، ومجرد التجرى وإن قيل بأنه حرام، لا يوجب الضمان.

أما لو سلمه إلى غير الثقه بزعم أنه ثقه، فهل يضمن، لأنه لم يؤد التكليف، والزعم لا يغير الواقع، أو لا يضمن لأن الإنسان مكلف بالعمل حسب نظره، وليس المقام إفراطاً أو تفريطاً يوجب الضـمان، الظاهر الثانى، وقد ذكرنا مثله فى عمل الوصى والولى والقيم وغيرهم.

نعم، إذا ظهر له عدم صـلاحيه من سـلم إليه وجب عليه الاسترجاع إن أمكن، فإن لم يسترجع ضمن، ولو اختلف الأمين والراهنان بأن الأمين لم يكن يثق بمن وضعه عنده، وقال بل كنت أثق، فلهما عليه الحلف.

وهـل يشـترط فى الأـمين الإسـلام والإيمـان، من يشترط العـداله يقول به، خلافاً للمسالـك، ذكره فى غير الرهن، حيث قـال: إن العداله لا تنافى عدم الإسلام، بل العبره العداله عند كل مذهب.

أما من لم يشترط إلاّ الثقه كما رجحناه، فلامانع منه.

والظاهر أن الإيداع

من الثقه المسلم أو مطلقاً تكليف ووضع، لا أنه وضع فقط حتى يكون أثره الضمان وعدمه، وذلك لأن بناء العقلاء عدم التسليم إلى غير الثقه، ولا دليل على تغير الشارع لبنائهم، بل «إن كان مثلك» وغيره دليل تقرير الشارع إياهم، فيكون خلافه خيانه، وهى محرمه.

ومما ذكرنا يعلم كفايه إيداعه البنك المتعارف الآن، وإن لم يكن القائمون به مسلمين، إذ لا خصوصيه للفرد، بل هو أكثر وثاقه من الفرد.

ولا يبعد أنه إذا دار الأمر بين الثقه والأوثق يقدم الثانى إذا لم يكن الأول عقلائياً، مع إمكان الثانى، إذ قد عرفت أن المعيار العقلاء، ولذا نرى أنه لو سلّم الوديعه المسافر الثقه ليوصلها، وقد أمكنه التسليم إلى البنك لإيصالها فسرقت وبخه العقلاء بإعطائها المسافر.

نعم، إذا لم يكن توبيخ لم يلزم الأوثق، لشمول قوله سبحانه:(إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إلى أَهْلِهَا)(1) لكليهما، ولا يعد ذلك حينئذ من الخيانه أو الإفراط والتفريط.

ثم إذا لم يستعد الحاكم أو الثقه من تسلم الرهن، وأمكنه تبديله، فهل له ذلك بدون الضروره، حيث يريد التخلص منه، لقاعده «الناس مسلطون على أنفسهم» مثلاً الوديعه شاه، فإذا أبدلها بالنقد تسلموه، وإلا فلا، احتمالان، لتعارض التصرف فى مال الغير بغير إذنه مع قاعده السلطنه، ويحتمل التفصيل بين مثل تبديل الشاه إلى النقد، حيث إنه ليس خلافاً للعقلائيه، ومثل تبديلها بالفحم، حيث أنه خلافها، ولعل الموارد تختلف.

أما مع اضطرار الودعى

١- سوره النساء: الآيه ٥٨

فلا اشكال، لرفع الاضطرار.

وإذا علم الودعى أنه إن كان عنده الرهن تلف أو غصب، أما إذا كان عند غير الثقه احتمل التلف والغصب، فاللازم تسليمه له، لأن الأمر بين الأهم والمهم، والمعيار فى المقام _ سواء قلنا بالعداله أو الثقه _ الحفظ، فإذا دار الأمر بين الأورع والأحفظ قدم الثانى، للتناسب بين الموضوع والحكم المستفاد من الدليل بمعونه العرف.

قال فى القواعد: فإن امتنع أحد الراهن والمرتهن من الدفع إليهما فدفعه إلى الآخر ضمن، والفرق أن العدل يقبض لهما، والآخر يقبض لنفسه، وأشكل عليه الجواهر بأن العداله تنفى ذلك، ثم أمر بالتأمّل.

أقول: فيه إن التسليم إلى العدل مع استعداد أحدهما لأن يقبضه محل نظر، إذ تسليمه إلى العدل تسليم إلى غير ذى الحق مع استعداد ذى الحق تسلمه، فإذا قال أحدهما: سلمنى _ والفرض أنه ثقه أيضاً _ لم يجز له تسليمه للعدل، لأنه تصرف فى حق الغير مع نهيه.

نعم، لوك ان مريد تسلّمه منهما غير ثقه دار الأمر بين محذورين، إعطاء مال أحدهما إلى غير ثقه، وإعطاء مال من يريد التسلم إلى الثقه بدون رضاه، لكن يقدم الأول، لأن محذوره أقل.

نعم، إن أمكن تسليمه إلى مريد التسلّم والثقه معاً بما يحفظ حق مريد وغير مريد التسلم وجب، كما إذا جعله فى بنك الرهون باسمهما، حيث لا يتمكن غير الثقه حيف مال صاحبه.

ص:١٥٩

مسأله ۲۶ لو وضعها الرهن علی ید عدلین

(مسأله ۲۶): قال فی الشرائع: ولو وضعاه علی ید عدلین لم ینفرد به أحدهما، ولو أذن له الآخر.

أقول: أما أصل وضعه علی ید عدلین أو ثقتین فلا إشکال فیه ولا خلاف، بل فی الجواهر جاز إجماعاً محکیاً عن التذکره إن لم یکن محصلاً، وذلک لأن الحق لا یعدوهما.

ومنه یعلم جواز إیداعهما فاسقاً أو فاسقین إذا لم یکن محذور آخر.

بل فی القواعد: یجوز رهن الحسناء عند الفاسق لکنه یکره، وقد ذکر فی التذکره تفصیل الکلام فی ذلک، ومقتضی القاعده أنه إذا کان محذور فی تسلیم الرهن إلی الفاسق سواء کان المرتهن أو غیره صح الرهن ولم یجز التسلیم، إذ لا ربط للبقاء عنده بالرهن، کما إذا رهن دابه عند من یعلم بأنها إذا بقیت عنده فعل بها أو ما أشبه ذلک.

وکیف کان، فإذا وضعاه علی ید عدلین فهو علی أربعه أقسام:

الأول: أن یصرحا بأن المودع کله فی ید کل واحد، وحینئذ إذا فرطا فیه کان للمالک والمرتهن الرجوع إلی کل منهما بالکل علی سبیل البدل، أو علی کل منهما بالبعض علی التناصف أو التفاوت، مثل أخذ ربعه من أحدهما وثلاثه أرباعه من الآخر، أو ما أشبه ذلک، لکن الغرامه بینهما نصفا، إذ لا وجه لزیاده أحدهما علی الآخر، وإن کان أحدهما أکثر تفریطاً، مثل أن تکون الشاه ماتت لکثره الأکل، بأن کان مقدار أکلها صاعاً فأعطاها أحدهما صاعاً ونصفاً، والآخر صاعاً وربعاً، ولا یهم بعد ذلک عدم معلومیه أنها أکلت نصف الصاع الزائد _ حیث أکلت صاعاً ونصفاً _ عن هذا أو ذاک.

ومثله إذا کان من التفریط جعل باب الحضیره مفتوحاً، حیث یفترس الذئب الشاه، فجعل أحدهما هذا

الباب مفتوحاً، والآخر الباب الثانى، وجاء الـذئب من أحـدهما وافترسه، فإنه إذا لم يكن هـذا الباب مفتوحاً جاء الـذئب من الباب الآخر، وكذا إذا لم يعلم أنه جاء من أى البابين، لقاعده العدل فى الضمان، كما إذا رمياه ولم يعلم أنه قتل بأيهما، حيث يشتركان فى الديه والضمان.

وإذا صرّحا بأن المودع كله فى يد كل واحد منهما وفرط أحدهما كان الضمان عليه، إذ لا وجه لضمان الثانى بعد عدم تفريطه.

نعم، إذا كان المفرط مجهولاً بينهما، كان عليهما لقاعده العدل.

الثانى: أن يصـرحا بأن كل نصف فى يد أحدهما، سواء على نحو الإشاعه أو الكلى فى المعين، وحينئذ يكون ضـمان كل نصف على أحـدهما، فإذا أتلفاه معاً فلا إشـكال، وأما إذا أتلف أحـدهما نصـفه أولاً فى مثل زوج الحذاء والباب، حيث إن لاجتماعهما قيمه، ضـمن المتلف الأـول قيمه الفرد والاجتمـاع بخلاـف الثـانى، حيث يضـمن قيمه الفرد فقـط، وإذا شك فى المتلف المقـدم نصف بينهما لقاعده العدل.

الثالث: أن يصـرّحا بأن ثلاثه أرباع فى يد أحدهما وربعاً فى يد الآخر أو شـبه ذلك، ويضـمن كل بقدر المودع عنده، ولو شـك أن أيهمـا كـان أكثر من الآخر نصف الضـمان لقاعـده العـدل، أما كيفيه تقسـيم الغرامه بين الضامنين، فالظاهر أنه بالتساوى، فإذا كانت شاه وألقياها فى الهوه، فعلى كل منهما نصـفها، وإن كان صاحبها يأخذ من أحدهما ربعاً، ومن الآخر ثلاثه أرباع، ويحتمل أن لا حق لصاحب الثلاثه الأرباع الرجوع بالربع إلى صاحب الربع، إذ لا وجه لـذلك بعـد أن كان هو شـريكاً معه فى الإهلاك، حاله حال أبوين اشتركا فى قتل ولدهما، حيث إن الأب يذهب من كيسه ثلثا الإرث، والأم ثلث الإرث، ولا

حق للأب فی رجوعه إلیها بالسدس بحجه أنها یقع علیها نصف القتل، فلماذا تخسر أقل من خساره الأب، مع أن الأب أیضاً یقع علیه نصف القتل، وقد ذکرنا فی کتاب القصاص أن الاعتبار بعدد الجناه، لا عدد الجنایات.

وکذا الحال فی الضمان، فإذا رمی أحدهما الزجاجه بحجرین، والآخر بحجر وانکسرت بالثلاثه، کان علی کل نصف الضمان لا بالتفاوت.

نعم، یحتمل هنا التفاوت للقاعده العقلائیه التی لم یردع عنها الشارع هنا، بل ظاهر (جزاء کل امرئ بما کسب) کما فی الآیات والروایات التفاوت، وإن خرج منه مسأله الدیات والقصاص للدلیل الخاص، ولعل هذا أقرب.

نعم، إذا کان الرهن مثلاً ثلاث شیاه وأودعا اثنتین بید زید، وواحده بید عمرو، ثم أفرطا فهلکت إحداها مما لم یعلم هل هلکت من حصه زید أو من حصه عمرو التفاوت وکان من إجراء قاعده درهمی الودعی.

أما علی الروایه بتضمین کل نصف الشاه، أو علی قاعده الحساب بتضمین صاحب الشاتین ثلثین، وصاحب الشاه ثلثاً بقاعده الأربعه المتناسبه، لأنه إذا تلفت کل الشیاه کان علی صاحب الاثنتین اثنتان، فإذا تلفت شاه إذاً یکون علیه ... إلی آخره.

ومنه یعلم حال ما إذا تلفت شاتان، فإن القاعده المذکوره تقتضی أن یکون علی صاحب الشاتین شاه وثلث، وعلی صاحب الشاه ثلث، کما هو واضح، وعلیه یقاس سائر الأمثله.

الرابع: أن یجمع الراهن والمرتهن فی إیداعهما الرهن لنفرین بین تضمین الکل وتضمین البعض، مثل أن یقول لزید: أنت ضامن لکل الشاه المرهونه، ولعمرو أنت ضامن لثلاثه أرباعها، فإذا أتلفاها أو فرطا فیها استخرج

قدر ضـمان كل بالأربعه المتناسـبه، فيقال: إذا كان المودع ـ بالفتح ـ سبعه أرباع كان على ضامن الكل عند التلف أربعه أرباع، فكم عليه والحـال أن المودع أربعه أربـاع، ثم يقـال: إذا كـان المودع سـبعه أربـاع كان على ضامن ثلاثه أرباع ثلاثه أرباع، فكم عليه والحال أن المودع أربعه أرباع، وصوره الحساب هكذا.

ومن ذلك يعرف حال سائر أمثله جمع الصحيح مع الكسـر، سواء كان صـحيحاً واحـداً أو أكثر، وكسـراً واحداً أو أكثر، فالصور أربعه:

١: أما الصحيح الواحد والكسر الواحد فكما تقدم فى واحد وثلاثه أرباع.

٢: والصـحيح المتعـدد والكسـر المتعـدد، كمـا إذا أودعا الرهن عنـد أربعه وقالا: زيـد يضـمن الكل، وعمرو يضـمن الكل، وبكر يضـمن النصف، وخالد يضـمن النصف، من غير فرق بين تشابه الكسـرين كالمثال، أو اختلافهما مثل بكر يضمن النصف وخالد الربع، إلى غير ذلك.

٣: وحده الصحيح وتعدد الكسر.

٤: وحده الكسر وتعدد الصحيح.

\ هنا جدول راجع الفقه ج٤٩ ص١٦٣

وإنمـا حولنا الشاه إلى (٢٨) قسـمه، لأنه المخرج الوحيـد الأقل الـذى يمكن أن يخرج منه الكسـران، وذلك بتجنيس ٧/٢.٢ إلى ٧/١.٥

إلى (١٢) ومجموع الصورتين يساوى (٢٨)، يوضع على العدد الصحيح وهو الشاه المودعه.

الخامس: أن يضع الرهن بيدهما بدون ذكر الخصوصيات الأربع المتقدمه، والظاهر التنصيف، كما يظهر من ميل الفاضل فى محكى كلامه، لأنه المستفاد عرفاً مع الإطلاق، فحاله حال ما لو باعه لهما أو وقفه لهما أو جعلهما طرف الصلح أو المضاربه أو المزارعه أو المساقاه أو غيرها.

فإذا تلف كان على كل منهما النصف، فاحتمال أن يكون كل مستقلاً، أى على كل الضمان على سبيل البدل، فله أن يرجع على أى منهما بنصفه أو بكله، أو على هذا بالربع وعلى الآخر بثلاثه أرباع، إلى غير ذلك، غير ظاهر الوجه، وإن مال إليه أو قال به بعض، واللازم حينئذ أن يحفظ كل منهما نصفه، كما إذا كان الرهن شاتين.

وهل لأحدهما أن يستودع الآخر نصفه، الظاهر ذلك، بشرط أن لا ينص المالك أو المرتهن على الخلاف، وأن لا يكون ارتكاز على ذلك، إذ الحفظ لا يلازم كون الشىء عند الإنسان بل له أن يحفظه بما يتعارف، مثلاً فى زماننا إذا أودعه نقداً صح له أن يودعه البنك، ولا يرى العرف أنه فعل خلاف الأمانه.

وعلى هذا فإذا كان تصريح بجواز وضعه عند آخر، أو تصريح بعدم الجواز، أو ارتكاز بأحدهما، كما يتعارف الآن الارتكاز على جواز الاستيداع، فهو، وإلّا لم يجز، لأنه تصرف فى مال الغير بغير إذنه، وتظهر الثمره فيما إذا تلف بيد الآخر فإذا لم يكن تصريح أو ارتكاز بالجواز، كان المستودع

عنده ـ بالفتح ـ ضامناً، لأنه تصرف عدوانی، وإن لم یکن الثانی مفرطاً أو متعدیاً.

أما إذا أخذ منه المالک، فهل له أن یرجع إلی الثانی، الظاهر ذلک إذا کان الثانی مفرطاً أو متعدیاً، أو کان عالماً بأن الأول لا حق له فی استیداعه، لأنه متعد، وإن لم یتعد علی الشیء، فیشمله دلیل «علی الید» بعد أن لم یکن أمیناً لا شرعاً ولا مالکاً.

أما إذا لم یعلم، بأن کان مغروراً ولم یکن متعدیاً، لم یکن علیه قرار الضمان إذا رجع إلیه المالک، بل علی الودعی الأول، کما لم یکن علیه شیء إذا رجع المالک إلی الودعی الأول.

وعلیه فللمالک الرجوع إلی أیهما، فإذا رجع إلی الأول أو الثانی رجع أحیاناً إلی زمیله وأحیاناً یکون قرار الضمان علی نفسه.

وکیف کان، فقد عرفت مما تقدم أنه لو سلمه إلیهما، ولم یعلم هل هو علی نحو الاجتماع، أو انفراد کل، مثل الأب والجد فی الولایه علی الصغیر، کان مقتضی القاعده الاجتماع وإن کل واحد مسئول عن نصفه، فإذا أراد الراهن والمرتهن ردّه إلیهما وجب علی العدلین التسلیم فوراً، لکن هل إذا کان أحد المودع عندهما حاضراً، والآخر غائباً أن یمتنع من التسلیم، لاحتمال وقوع مشکله علیه أم لا ـ لأن کلا ذی الحق یریدان ولا ثالث، الظاهر أن له الحق إذا خاف المشکله، کما أن لکلیهما الحق فی عدم التسلیم إلاّ ـ بشهود أو نحوه إذا خافا المشکله، لا ـ لمثل: «رحم الله من جب الغیبه عن نفسه»((1))، و«من دخل مداخل السوء اتهم»((2)) و«رحم الله امرئ عمل عملاً فأتقنه»((3))، ونحو ذلک، إذ هی

١- أسنی المطالب: ص١٥٧ ح٧٠۴
٢- الوسائل: ج٨ ص۴٢٣ ح٧
٣- البحار: ج٢٢ ص١٠٧ ح٧

لا تقف أمام حق الناس، بل لأن الإنسان مسلط على نفسه أن لا يهتک عرضه ولا يسلب ماله، فدليل «لا ضرر» الشامل لخوفه كما تقدم مثله، يعطيه الحق فی ذلک.

وعليه فلا حق للمتراهنين فی تغريمهما أو تغريمه إذا فاتت بسبب المماطله المشروعه بعض منافعها.

ومنه يعلم حال ما إذا سلم أحدهما المال بدون إذن الآخر، وسبب ذلک ضرراً على الآخر، فإن المسلّم ضامن، حيث إنه مسبب الخساره، فيشمله مثل: «لا يتوى حق امرئ مسلم»((۱)) ونحوه، ولعل مراد من قال بعدم جواز تسليم أحدهما مع اعتبار الاجتماع إلّا بإذن الآخر ما ذكرناه، فقول الجواهر فی ردّه: بل إذا أراد تسليمه وجب فوراً على كل منهما، لأن قول هذا القائل غير واضح المفاد، محل نظر.

ولا فرق على ما ذكرناه بين كل الأقسام الخمسه المتقدمه، لأن «لا ضرر» عام يشمل الجميع.

وكيف كان، فلو سلّم أحد العدلين إلى الآخر، وأتلفه الآخر تفريطاً أو تعدياً، فإن كانا مأذونين لحفظ كل واحد منهما له، ولو بارتكاز المودعين عند عقد الوديعه، لم يكن المسلّم ضامناً، لأنه تسليم بإذن صاحبه.

أما إذا لم يكن إذن، فإن كان المسلّم إلى كل منهما الكل ضمن كل واحد الكل، أو البعض فبقدر ذلک البعض نصفاً أو بالاختلاف، وقد عرفت أن مقتضى الإطلاق التنصيف، لكن فرق بين الذی سلّم حصته إلى شريكه،

ص:۱۶۶

۱- الغوالی: ج۱ ص۳۱۵ ح۳۶

حيث لم يضـمن إلّا بقدر حصـته، وبين الذى تسـلم حصه شـريكه حيث يضـمن الكل، وذلك لأن المسلّم لم يخن فى الأمانه إلّا بقدر ما أودع لديه.

أما الآخر فقد أتلف كل مال المالك، والمتلف تفريطاً ضامن، سواء أودع عنده أو أخذه غصباً.

ومن ذلك يظهر وجه النظر فى إطلاق كلام الجواهر، حيث قال: لو سـلّم أحد العدلين إلى الآخر ضمن كل منهما الكل، لحصول سببه من كل منهما بالتفريط من الدافع والتعدى باسـتقلال اليد من المتسلم، فإن كلامه تام فى ما إذا ضمن كل واحد منهما الكل لا مطلقاً.

ولو أعطى المالك الكل بيد كل واحد، لكن تبرأ أحدهما من ضمانه ولو بالتفريط، فإن جعل لكل واحد الحق فى أن يسلمه إلى الآخر بأن جعلا بمنزله الأب والجد، فاللازم ضـمان من لم يتبرأ إذا تلف فى يده، لا ضـمان من تبرأ، سواء تلف فى يده أو أعطاه إلى الآخر فتلف فى يده، وذلك لأن من تبرأ إذا تلف فى يده لا ضمان عليه حيث تبرأ.

وإذا سلمه إلى صديقه لا ضمان حيث كان له أن يسلمه.

أما من لم يتبرأ، فإن تلف فى يده ضـمن لتفريطه، وإن سـلمه إلى الآخر وتلف فى يده لم يضـمن، لأن التسليم كان جائزاً له، وإن تلف فى يدهما كان الضمان بالنسبه إلى حصه من لم يتبرأ فقط.

وإن لم يجعل لكل واحد الحق فى التسليم إلى الآخر، فإن تلف فى يد المتبرى لم يضمن لتبريه، وإن أعطاه المتبرى للآخر وتلف فى يده لم يضمن المتبرى أيضاً لتبريه.

أما الآخر، فإن تلف فى يده ضمن لتفريطه بدون تبريه، وإن سلمه للآخر وتلف فى يد الآخر ضمن، لأنه لا حق له فى التسليم إلى الآخر، فكان بذلك

معتدياً يوجب الضمان.

ومن الكلام فى صورتى الحق فى التسليم وعدم الحق، يعرف حال ما إذا جعل لأحدهما الحق فى التسليم دون الآخر.

ومن ذلك يظهر وجه النظر فى إطلاق الجواهر بقوله: والظاهر أن قرار الضمان على من تلف فى يده المال.

ولو سلم كلاهما الرهن إلى ثقه ولم يجعل له الحق فى تسليمه إلى أحدهما، ثم انفك الرهن حق له التسليم إلى الراهن لأنه ماله.

ولو أراد المرتهن البيع، فإن كان وكيلاً فى ذلك حق له تسليمه إليه بعد البيع بلا إشكال، لأنه صار ملكاً للمشترى فيسلم إلى البائع ليسلمه إليه.

أما هل له تسليمه قبل البيع، احتمالان، من أن الحق له حيث إنه وكيل، ومن أن الملك ليس له، والظاهر الأول.

ومن الواضح أنه لو مات أحدهما وانتقل كل الرهن إلى الحى منهما حق له تسليمه إليه.

ص:١٦٨

مسأله ۲۷ لو باع المرتهن الرهن

(مسأله ۲۷): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: لو باع المرتهن الرهن حیث یجوز له ذلک، أو العدل، ودفع الثمن إلی المرتهن وفاءً أو وثیقهً إذا کان له ذلک، ثم ظهر فیه أی المبیع عیب، لم یکن للمشتری الرجوع إلی المرتهن الذی قبض الثمن المملوک للراهن وفاءً أو وثیقهً، إذ الفسخ بالعیب إنما هو من حینه، بلا خلاف أجده بین من تعرض له، انتهی.

أقول: للمسأله صور:

الأولی: أن یرد المشتری الرهن بسبب العیب أو الغبن أو الاشتراط أو غیرها من أقسام الخیار التی هی له، ومقتضی القاعده أن الرهن یرجع رهناً، والثمن یأخذه المشتری من المرتهن، ولا ربط لأن یأخذ الثمن من الراهن ویرجع الرهن إلیه، إذ الفسخ یجعل البیع کلا بیع، وإذا کان لا خلاف ونحوه فی أن الفسخ من حینه فقد خرج ذلک بالدلیل، أی إن الدلیل دل علی أن النماء ونحوه حال قبل الفسخ للمنتقل إلیهما، لا المنتقل عنهما، فلیس المقام کالوکیل، حیث إن طرفه إذا فسخ یرجع إلی الموکل، لأن الوکیل لا شأن له، وکذلک إذا کانت إقاله أو ما أشبه.

نعم، الظاهر أنه لا حق للمرتهن فی قبول الإقاله بدون رضی الراهن، لأن الملک کان للراهن، فأی حق لغیره فی قبول الإقاله، کما أنه لا حق للراهن فی قبول الإقاله، لأنه بتوکیله فی البیع أو إجازه الحاکم للبیع لم یکن له الحق فی فسخه إلّا برضی المرتهن أو الحاکم.

وإن شئت قلت: إن الرهن کان متعلقاً لحقی الراهن والمرتهن حین باعه المرتهن، فإذا رجع الرهن کیف یکون متعلقاً لحق واحد أی الراهن حتی یقال: إنه یرجع إلی الراهن، ویأخذ المشتری ثمنه من الراهن، ولنفرض أن المرتهن

باع الرهن بشاه، والشاه عنده، فإذا بطل البيع كيف تبقى الشاه سالمه ويأخذ المشترى بدلها من الراهن، أليس ذلك خلاف مقتضى الفسخ، وقد قالوا إنه إذا وقف أو نذر الشىء الذى فيه الخيار ثم بطل البيع بطل الوقف والنذر، لأن حق الخيار سابق، وهنا أيضاً حق الرهن سابق.

لا يقال: بطل حق الرهن بالبيع.

لأنه يقال: البطلان متوقف على بقاء البيع، وإلا لم يكن بطلان، فهو مثل أن يقال: بطل حق الخيار المتعلق بالعين فى الوقف والنذر، وانتقل الحق إلى بدل الموقوف والمنذور.

وجعل الفسخ بالعيب كالإتلاف المتقضى تعلق الرهانه بالقيمه التى هى بدله، غير ظاهر الوجه، إذ العين لما تلفت والحق باق لم يكن بد إلّا من تعلقه بالمثل أو البدل، وليس الفسخ موجباً لذلك، فالأصل بقاء الحق.

وعليه فالمقام مثل موت البائع، حيث ينتقل البدل الذى ملكه البائع إلى الورثه، ومع ذلك إذا فسخ البيع المشترى لخيار له رجع إلى نفس عينه، ولا يقال: إن العين صارت ملكاً للورثه، وهذا الحق سابق على حق الفسخ، فلابد أن يرجع الفاسخ إلى بدلها، إلى غير ذلك من الأمثله.

وبما تقدم تحقق أمور:

الأول: إنه لا حق للراهن أو المرتهن منفرداً فى الإقاله، بل لهما معاً ذلك.

الثانى: إذا حصلت إقاله، أو فسخ بعيب، أو غيره من موجبات الفسخ، رجع الرهن رهناً، لا إلى المالك حتى يكون المشترى مكلفاً بأخذ بدله من المالك.

الثالث: إن كل مورد يكون حق سابق على حق، إذا بطل البيع قدم الحق السابق على ذلك الحق اللاحق، لأن ذلك مقتضى السبق واللحوق.

وبـذلك يظهر وجه النظر فى تأييـد المسالـك للمـاتن، بأن العيب لا يبطل البيع وإنما يبطل بفسـخ المشترى من حين الفسـخ وهو مسـبوق بقبض المرتهن الثمن وتعلق حق الوثيقه به، سواء كـان قـد أخـذه من دينه أم أبقـاه وثيقه به، بل تعلق الوثيقه فى الحقيقه حصـل بمجرد الـبيع، لأنـه وقت نقـل الثمن إلى الراهن، فلا يبطله الفسـخ الطـارى من المشـترى، بـل يرجع المشترى على الراهن بعوض الثمن، انتهى.

وإن أيده الجواهر وغيره.

وربما يستشـكل على ذلك بأنه إذا كان المرتهن مشترياً بأن باعه شـخص حيواناً فى مقابل الرهن لزم على ما ذكروه سقوط خيار الحيوان، لأنه إذا فسخ ذهب البائع وأخذ بدله من الراهن، وخيار الحيوان فى إرجاع الحيوان نفسه.

وكـذا إذا كـان المرتهن بـاع حيوانـاً، وقلنا بأن البائع له خيار الحيوان أيضاً، وأراد المرتهن الفسـخ، أو أراد المشترى الفسـخ، لأنه مشترى للحيوان، وكل ذلك خلاف إطلاق أدله خيار الحيوان إلى غير ذلك من النقوض، والحل ماتقدم من سبق حق الرهن.

ومما تقدم ظهرت الصوره الثانيه: وهى ما لو فسخ المشترى، أى طرف المرتهن، إذ أدله فسخ المرتهن تأتى فى فسخ طرفه.

والصوره الثالثه: وهى فسخ شخص ثالث جعل له الخيار فى عقد بيع المرتهن، أما فسخ وارث المرتهن ووارث طرفه فهما داخلان فى الصورتين الأوليين.

ص:١٧١

الصوره الرابعه: فسخ الراهن، كما إذا باع المرتهن الرهن بأقل من قيمته مما كان غبناً، فهل له حق الفسخ، حيث إن الرهن متعلق حقهما، فكما للمرتهن حق الفسخ للراهن ذلك الحق، وكذا إذا كان الثمن معيباً، الظاهر ذلك، فإذا فسخ كان مقتضى القاعده ما تقدم فى الصوره الأولى من رجوع الرهن رهناً والمال إلى كيس طرف البيع.

والظاهر أن للمرتهن أيضاً الفسخ إذا باعه الراهن بأقل مما سبب فوت حق المرتهن، إذ لا مال آخر للراهن يمكن تقاضيه لسدّ مقدار التفاوت بين الدين وقيمه الرهن التى باعه بها، مثلاً اقترض منه ألفاً ورهنه داراً تسوى ذلك، ثم باعها الراهن غبناً بتسعمائه ولا شيء آخر للراهن يسد به المائه، فإن المرتهن له حق الفسخ لإنقاذ ماله كاملاً.

أما إذا كان للراهن شيء آخر كالمائه ويسد بها البقيه فهل للمرتهن الحق فى الفسخ، لأنه بالرهن صار متعلق حقه، أم لا، لأنه ليس مالكاً ولا ضرر عليه حتى يوجب حقه فى الفسخ، الظاهر الثانى.

الصوره الخامسه: الراهن باع لوفاء دينه لنفس المرتهن، ثم ظهر عيب فى أحد البضاعتين أو غبن، والظاهر أن الفسخ التابع لذلك يوجب رجوع الرهن رهناً كما كان، كما تقدم.

ثم إذا باع الراهن أو المرتهن الرهن فظهر الشيء المأخوذ من الطرف معيباً، حيث للبائع حق الأرش وأخذه، فإن كان زائداً على الدين أخذه الراهن، وإلّا أخذه المرتهن.

أما الأول: فلأنه مالك، فالأرش له.

وأما الثانى: فلأن المرتهن تعلق حقه بالعين، فبدلها له بقدر دينه، وحيث كان البدل أقل من الدين حسب الفرض كان له أخذه، أما إذا كان الرهن معيباً

وأراد الطرف أخذ الأرش أخذه من طرفه، لا من الآخر، فإذا باعه الراهن أخذه منه، وإذا باعه المرتهن أخذه منه، فإذا أخذه من المرتهن مما نقص مقابل الراهن من دينه رجع المرتهن إلى الراهن، لأن الرهن وثيقه، وليس فى قبال كل دينه، فالزائد للراهن والناقص عليه.

ثم هل للراهن أن يقول للمرتهن: إن دينك فى قبال الرهن، فإن زادت قيمته فلك، وإن نقصت فمنك، احتمالان، من أنه شرط و«المؤمنون عند شروطهم»، ومن أنه أحياناً يلزم الغرر و«لا غرر»، كما عنه (صلى الله عليه وآله)، وأحياناً يلزم الربا، ومقتضى القاعده صحه الشرط من أيهما على أيهما إذا لم يستلزم أحد المحذورين.

الصوره السادسه: أن يوكلا عدلاً لبيعه عند الأجل وتعذر وفاء الراهن، فإذا باع وظهر عيب أو غبن، فالبيع يقع فضولاً، إذ لا وكاله لبيع كذلك، كما أنه لا وكاله من الراهن لبيع المرتهن غبناً أو عيباً، لانصرافهما ولو ارتكازاً إلى البيع المتعارف، وحينئذ لا وكاله للعدل فى الإبطال أو أخذ الأرش، كما لا وكاله له فى البيع الصحيح أن يقبله، وإنما أمر الإجازه للبيع ثم فسخه بالغبن أو بالعيب أو أخذ الأرش فى العيب راجع إليهما على ما تقدم.

ومما سبق ظهر أنه لا فرق بين كون البيع للرهن من جهه أخذ المرتهن حقه، أو من جهه حفظ نفس الرهن، حيث توجه خطر للرهن من جهه ظالم أو فساد أو غيرهما، فيراد تبديله لأجل جعل بدله رهناً أو غير ذلك، فتفصيل الجواهر بينهما بعود المبيع رهناً فى البيع لأجل حفظ الراهن، لأن رهن الثمن يثبت كون المبيع رهناً، فمع فرض الفسخ المزبور يعود المبيع على ما كان عليه من وصف الرهانه تحقيقاً لمعنى البدليه، بخلاف البيع لأجل سد دين المرتهن، غير ظاهر الوجه، بعد أن عرفت أن المناط فى الكل واحد.

وإذا باع العدل، ثم ظهر للعدل العيب أو الغبن لم يكن له الرجوع، إذ الملك ليس مربوطاً به، وإنما هو وكيل.

نعم إذا كـان وكيلاًـ مفوضـاً كان له ذلك، والظاهر أنه إذا لم يرجع حتى فات الأمر، بحيث لم يتمكن المالك من الرجوع أغرم، لأـنه سبب الضـرر، هـذا فيمـا كـانت وكالته عامه تشـمل مثل ذلك البيع، وإلا يقع البيع فضولياً متوقفاً على إجازه المالك، وفيما كـانت وكالته عامه له الحق فى أخـذ الأرش للعيب إذا لم يكن إضـراراً بالمالك، إذ الأرش تـدارك النقص، وكثير من الناس لا يهمه التـدارك قيمه، وإنما يريـدون الشـىء الصـحيح، مثلاً الـدواء الفاسد لو فرض نفعه لمرض آخر، والفاكهه الفاسده لو فرض اشتراء بعض الناس لها، لهما قيمه إذا تـدورك بالأرش لم يتضـرر الإنسان قيمه، ولكن لا يريـدهما بعض الناس، وهـذا نوع ضـرر وإن لم يكن مالياً، إذ «لا ضرر» مطلق يشمل حتى مثل ذلك.

أمـا إذا أمكن الرجوع للمالك لم يغرم العـدل، إذ لا ضـرر متوجه من جانب العـدل، وإنما من جانب المالك نفسه إذا لم يرجع، فإذا رمى إنسان حجراً وكان المالك قادراً عرفاً على تجنيب زجاجه عن مرمى الحجر فلم يجنبه لم يكن ضمان، ولذا ورد أنه من قال حذار فقد أنذر، كما فى كتاب الديات، و«من أتلف» لا يشمل الرامى، إذ عدم التجنيب أقوى.

ومثـل مـا تقـدم فى حق تغريم المالـك للعـدل، إذ ظهر غبن أو عيب وكان مفوضاً، ما إذا ظهر أحـدهما ولم يكن مفوضاً، وكان بإمكـانه إخبـار المالـك حتى يسـتدرك هو فلم يخبر حتى فات الوقت، فإن الضـرر متوجه إلى المالك من جهه العـدل، فاللازم عليه تداركه.

أما إذا لم يعلم نفس العدل بالضرر حتى فات الوقت، فإن كان عمل فى

بیعه حسب الموازین العرفیه لم یضمن، لأن الإنسان لیس مکلفاً إلاّ بالعمل حسب الموازین، کما ذکرنا مثله فی عمل الوصی والقیم والولی والمتولی للأوقاف وغیرها، فإنه(ما عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ)((1))، بل وأدله الضمان والید وما أشبه منصرفه عن ذلک، إلاّ فیما کان دلیل خاص، مثل قتل الخطأ، وإن زعم الإحسان کما فی الطبیب المخطئ ونحوه.

ویؤیده أن خطأ الحکام فی بیت المال، مع أنه لو عمل خلاف الموازین کان خطأه علی نفسه، لأن دلیل خطأهم علی بیت المال منصرف عن العمل خلاف الموازین، ولذا ضرب علی (علیه السلام) قنبراً سیاطاً، حیث ضرب المجرم سیاطاً أکثر مما قاله (علیه السلام) له اشتباهاً((2))، ولکن کان اشتباهه علی خلاف الموازین، حسب القاعده، إذ لا تقاص فی غیر العمد فی باب الحدود والدیات والقصاص.

وکیف کان، فإذا انعکس الفرع السابق بأن ظهر للمشتری من العدل عیب المبیع أو غبنه، فإن کان عدلاً مفوضاً حق للمشتری الرجوع إلیه، لأنه بمنزله المالک، کما حق له الرجوع إلی المالک، لإطلاق الأدله فی رجوع المغبون. وإن لم یکن مفوضاً وکان یعلم بأنه وکیل، لم یحق له الرجوع إلیه، بل إلی المالک، إذ لا شأن للعدل حینئذ حتی یرجع إلیه.

أما إذا لم یعلم المشتری من العدل أن العدل وکیل، بل زعم أنه أصیل حق له الرجوع إلیه، وکان علی العدل إثبات أنه لیس أصیلاً، ثم إذا رجع المشتری إلی العدل فی العیب یرجع العدل إلی المالک، فإن قبل المالک کلامه فی أنه کان معیباً تدارک، وإلا کان له حق الحلف علی العدل، لأن العدل

۱- سوره التوبه: الآیه ۹۱

۲- الوسائل: ج۱۸ ص۳۱۲ الباب۳ من الحدود ح۳

أمین، ولیس علیه إلاّ الیمین، فلا حاجه له إلی البینه.

ومما تقدم یظهر وجوه النظر فی أقوال الجواهر، ومحکی التحریر وجامع المقاصد بما لا یهم نقلها والتعرض لها.

وفی المقـام فروع کثیره أخری، ترکناها خوف التطویل، فإن الراهن والمرتهن والعـدل والمشتری إذا اختلفوا فی العیب، أو الغبن، أو الشـرط، أو غیر ذلک، خصوصاً إذا أضـیف إلی ذلک تدخل وارث بعضـهم مع موت المورث، أو تدخل تعدد أحد الخمسه، کما إذا کان هناک عدلان واختلفا بینهما، تحصل بذلک صور کثیره، والله سبحانه العالم الموفق.

مسأله ۲۸ لو ظهر للمشترى استحقاق الرهن

(مسأله ۲۸): إذا باع المرتهن الرهن، ثم ظهر للمشترى استحقاق الرهن لغير الراهن، لغصب أو نحوه، فإن أجاز المالك فلا شىء للمشترى، لأن غايه الأمر أنه بيع فضولى قد أجيز.

نعم، إذا كان شَرَط المشترى أن يكون الراهن مالكاً، حق له الفسخ لخيار الشرط، كما أنه إذا كان قيداً بطل، لفوات العقد بفوات قيده لأنها تابعه للقصود.

وكما لا شىء للمشترى مع الإجازه لا شىء للمرتهن، وإن لم يكن علم بأنه مغصوب بحيث إنه لو علم بالغصب لم يقبل ولم يقرض، لأن ظهور بطلان الرهن بعد انتهاء المده لا ثمره له إذا لم يكن شرط أن يكون نماؤه للمرتهن شرطاً صحيحاً، مما له بعض الآثار بعد انتهاء المده أيضاً.

أما إذا كان بيع الرهن قبل تمام مده الرهن، لخوف فساد أو غصب أو نحوهما كما تقدم فى المسأله السابقه، فإن كان الرهن كلياً، وأعطى الراهن للمرتهن هذا الشىء من باب مصداق الكلى لم يضر ذلك بالرهن، وإنما على الراهن تبديله إذا لم يجز المالك، حيث يصح رهن العاريه.

وإن كان الرهن شخصياً ظهر بطلان الرهن فى صوره عدم إجازه المالك، واسترجع المشترى ثمنه، إن كان باقياً بيد من وجده، راهناً أو مرتهناً أو عدلاً أو غيرهم، ولو تعاقبت عليه أيد، بل ولو وقف أو نذر أو أوصى به، لأنه لا يصلح لذلك.

وإن كان تالفاً أو كالتالف مثل وقوعه فى البحر أو ذهابه إلى يد السلطان استرجع بدله، مثلاً أو قيمهً.

وكذا يسترجع بدله إن كانت عينه موجوده، ولكنها سقطت عن القيمه، كما إذا كان ورقاً نقدياً سقط، أو جمداً حفّظت عينه فى الثلاجه وصار شتاءً، إلى غير ذلك.

قال فى الجواهر: ولو تعذر عليه المرتهن أو العدل، كان له الرجوع على الراهن، وإن لم يكن فى يده فعلاً، لأنه البائع حقيقه، وقبض العدل أو المرتهن إنما كان عنه، انتهى.

أقول: إذا وكل إنسان إنساناً فغصب الوكيل شيئاً وباعه بعنوان الموكل وقبض الثمن لم يكن لصاحب الثمن الرجوع إلى الموكل الذى لم يسلم إليه الثمن، إذ أى ربط للثمن بالموكل حتى يكون محلاً للرجوع إليه، بل لو أمر الموكل الوكيل بالغصب _ فيما لم يكن الآمر أقوى من المباشر _ والبيع وصرف ثمنه فى كذا، وفعل الوكيل ذلك، لم يكن لصاحب الثمن أو المغصوب منه الرجوع إلى الموكل، إذ لا وجه لضمانه، فإن دليل «على اليد» ونحوه يشمل الوكيل فقط، ومجرد الأمر لا يوجب الضمان.

نعم، لو كان الوكيل جاهلاً، كان قرار الضمان على الموكل، لقاعده الغرور، فاللازم فى الضمان أحد أشياء، مثل اليد أو قوه السبب لانتساب الفعل إلى السبب الأقوى من المباشر الأضعف، كما إذا أمره بكسر زجاج زيد، وإلّا ضرب عنقه كما ذكروه فى كتابى القصاص والديات، أو الغرر، لقاعده رجوع المغرور إلى من غر، ولذا تقع الجريمه على الشاهدين فى القتل ونحوه إذا تعمد الشهاده دون الحاكم وجلاده.

ومنه يعلم ما فى إطلاق كلام الجواهر المتقدم، وفى تعليله بأن الراهن هو البائع حقيقه، وأن قبض العدل والمرتهن كان عنه، فتأمل.

ثم قال: ولو تعذر عليه الراهن لم يكن له الرجوع على العدل بعد فرض كون المال فى يد غيره فعلاً وإن استولت عليه سابقاً إذا كان عالماً بوكالته حال البيع، ولم يكن العدل عالماً باستحقاق البيع، لأنه حينئذ قد اشتراه منه على أنه نائب عن غيره ويده يد غيره.

فقبضه للثمن قبض للراهن، وإنما هو واسطه، كناقد الثمن للمشترى عند إراده دفعه إلى البائع، وبعلمه بوكالته كأنه قد أذن له فى تسليمه إلى غيره.

أقول: قاعده اليد تشمل ما إذا كان العدل عالماً بعدوان الراهن حيث المال غصب، أو غير عالم بل زاعماً صحه يده، ولو بأصاله الصحه، وما إذا كان المشترى عالماً بأنه وكيل، أو زاعماً أنه أصيل، فإنه قد سلم المال إليه، والعلم والجهل وغيرهما لا تؤثر فى عدم الضمان بعد إطلاق دليل اليد الذى لا مخرج عنه فى المقام.

منتهى الأمر إذا كان العدل عالماً باستحقاق المبيع، ومع ذلك سلمه إلى الراهن وأتلفه لم يكن على الراهن قرار الضمان، حيث إن مثل العدل حينئذ مثل من يسلم ماله بيد غيره ليتلفه، حيث لا ضمان على المتلف، بخلاف ما إذا لم يكن العدل عالماً، حيث إنه مغرور فيرجع إلى من غره، ويكون قرار الضمان على الراهن.

وأولى من عدم علم العدل بالغصب فى الرجوع إليه، ما إذا علم من أول الأمر بالغصب، أو بعد البيع قبل تسليم المبيع، أو قبض الثمن، أو بعدهما قبل التسليم إلى الراهن، فما يستظهر من جامع المقاصد من التفصيل بين العلم فى حال البيع وبين العلم فى غير حال البيع أيضاً غير ظاهر الوجه.

والحاصل: إن الضمانات وضعيات لا يؤثر فيها سلباً أو إيجاباً العلم والعمد، وحتى المغرور عليه ضمان إلاّ أنه يرجع إلى من غرّه.

وبذلك يظهر وجه أن المشترى بعد تبينه بطلان البيع له الرجوع إلى كل الثلاثه من راهن ومرتهن وعدل، حيث وضعوا اليد على ثمنه، علماء كانوا أو جهلاء، مغرورين أو غير مغرورين.

نعم، إذا كان غرور من أحدهم رجع إلى من غره.

وبـذلك يظهر وجه النظر فيما عن الشـيخ فى مبسوطه، والفاضل والشـهيدين ويحيى بن سـعيد والمحقق الثانى بأنه لو تلف فى يد العدل أو المرتهن لا يرجع إلى العدل، مع العلم بوكالته، بل إلى الموكل كما فى كل وكيل فى بيع مال غيره.

بل أولى بالإشـكال تفريق بعض هؤلاء بين العـدل والمرتهن، بالرجوع إلى الثانى دون الأول، ولـذا الذى ذكرناه من حق الرجوع، خلافاً لهؤلاء، كان المحكى عن خلاف الشيخ الرجوع إلى الوكيل.

وقـال الجواهر فى أخير كلامه: ويمكن القول بـالرجوع على العـدل والمرتهن حتى مع العلم بالوكـاله حال البيع، لعموم على اليد وظهور فساد الوكاله، فيكون من مسأله تعاقب الأيدى، انتهى.

ثم فى كـل مورد يرجع المشترى إلى العـدل أو المرتهن، إذا كـان عـدلان أو مرتهنان، أو عـدل ومرتهن، كان له الرجوع فى كل نصف إلى كل واحـد، إذ لا وجه لغيره بعـد كون يد كل على نصف، فليس من مسأله تعاقب الأيدى، فهو كما إذا كسـرا زجاجه أو قتلا ولده، حيث إن الضمان على كل منهما بالنصف.

ولو أعطى أحـدهما له الكل بدون إذن الآخر، لا حق له فى الرجوع إلى الآخر، إذ هو كما لو أعطى زيد دين عمرو، حيث لا حق له فى الرجوع إلى عمرو إذا لم يكن الإعطاء بإذنه.

ثم إنه لو تلف المال فى يد المرتهن كان لمالكه الحقيقى الرجوع إليه، عالماً كان بالغصب أو جاهلاً، لقاعده اليد.

نعم، إذا كان جاهلاً كان له الرجوع إلى الراهن، لقاعده الغرور، دون

ما لو كان عالماً.

ولو كـان العـدل أو المرتهن وكيلاً ـ عامـاً عن الراهن فغصب شـيئاً للراهن ورهنه لغيره أو نفسه، لم يكن ضـمان على الراهن، وإن كان عالماً بكل ذلك، بل وأمراً، لما تقدم من أن الأمر والعلم لا يوجبان الضمان إلاّ بموازينه.

ص:١٨١

مسأله ۲۹ لو مات الراهن

(مسأله ۲۹): قال فی الشرائع: إذا مات المرتهن کان للراهن الامتناع من تسلیمه إلی الوارث.

أقول: قد یکون الرهن مقیداً بالتسلیم إلی المرتهن ولو ارتکازاً، وقد لا یکون مقیداً بذلک، ولکن لا یطمئن المرتهن من الوارث، ففی هاتین الصورتین یحق للراهن بعد موت المرتهن أن یطلب من الحاکم الشرعی جعل طریق یحفظ حق کلا الطرفین الراهن ووارث المرتهن.

کما أن الأمر کذلک فیما إذا جن المرتهن أو غاب أو سجن أو مرض مرضاً أقعده عن الإشراف، إلی غیر ذلک مما یوجب وقوع الرهن تحت إشراف ولی أو وصی أو وکیل أو ما أشبه، فإن الرهن فیه حقهما، فاللازم مراعاتهما.

أما إذا لم یکن قید کون الرهن بید شخص المرتهن، ولا خوف للراهن مما یشمله «لا یتوی حق امرئ مسلم» حیث إن احتمال التوی أیضاً کاف فی لزوم المراعاه، کاحتمال الخوف الموجب لترتب أحکام الخوف، فمقتضی القاعده انتقال حق الحفظ من المرتهن إلی وارثه، لقاعده (ما ترکه المیت من حق فلوارثه) بضمیمه أنه حق عرفی کما ذکرنا بعض الکلام فی ذلک فی کتاب الإرث.

کما أن الأمر کذلک بالنسبه إلی الوصی والولی والقیم والوکیل، إذ لا یلزم علی المرتهن حفظ الرهن بنفسه.

ومن ذلک یعرف وجه النظر فی قول الماتن، وإن تبعه المسالک قائلاً: فإذا کان الرهن فی ید المرتهن بالاشتراط أو بالاتفاق، فمات لم یجب علی الراهن إبقاؤه فی ید وارثه، فإنه قد یستأمن من المورث ولا یستأمن من الوارث.

ص:۱۸۲

إذ فيه أولا: أن ظاهره عدم اقتضاء الرهانه الوضع بيد المرتهن، مع أن ظاهر الرهن ذلك إلّا إذا كان تصريح أو ارتكاز بالخلاف.

وثانياً: إن علته بقوله: فإنه قد يستأمن إلخ، أخص من المدعى، ولذا مال الجواهر إلى أنه حق يصل إلى الوارث، قال: نعم لو قلنا إن الوضع فى يد المرتهن من توابع حق الرهانه أمكن حينئذ القول بانتقاله إلى الوارث حينئذ بانتقال حق الرهانه إليه، انتهى.

أما بالنسبه إلى العدل، فلا ينبغى الإشكال فى عدم إرث وارثه حق البقاء عنده، لأنه ليس حقاً له.

والظاهر أن الانتقال إلى الوارث انتقال حسب الإرث، فإذا كان للميت زوجه وولدان وثلاث بنات، وكان الرهن ثمان شياه متساو القيمه والإنتاج فرضاً، حق للزوجه ولكل بنت أن تحفظ شاه، ولكل ولد أن يحفظ شاتين، وإذا كانت المنفعه للمرتهن بوجه صحيح غير ربوى كان لكل وارث منفعه ما عنده، كما أن المرأه أيضاً لها حق فى فائده العماره عيناً والأرض لأن الممنوع عنه الزوجه ليس ذلك، فإن هنا حق الرهن لا ملك المورث، كما ألمعنا إليه فى كتاب الإرث.

ثم ظاهر الرهن ـ إذا لم يكن شرط أو ارتكاز خلاف ـ كون الرهن يبقى تحت يد المرتهن إلى حين حصوله دينه، وهذا هو الذى استظهره الجواهر من الآيه وغيره، فاحتمال أنه لو أطلقا الرهانه لم يستحق المرتهن استدامه الوضع عنده، بل يتفقان هو والراهن على من يضعانه عنده، وإن اختلفا قطع اختلافهما الحاكم بالوضع على يد عدل أو غيره، غير ظاهر الوجه.

ثم إذا وضعا الرهن فى بنك الرهون، أو رهن المقترض من بنك الرهون ووضع بضاعته أو نقده عنده، فالمال يبقى وإن اختلف على البنك المديرون،

لأن الرهن عند الإداره لا عند فرد حتى يتبدل الحكم بتبدل الفرد.

نعم، لو تبدل ملاك البنك، حيث قد يباع ويشترى فى البنوک الأهليه، حق للمشروط عليه وضعه فى البنک طلب سحبه لتبدل الموضوع، وكذلك حق للراهن عند البنک طلب السحب، لأنه لم يودعه عند بنک هؤلاء، إلاّ إذا كان تصريح أو ارتكاز بالإطلاق الشامل للبنک فى كلا حاليه.

نعم، لا شک فى حقهما فى استرجاع الرهن إلى الراهن أو إعطائه غيره، لأن الحق لا يعدوهما.

أما إذا كان الرهن شيئين وورثهما حقاً وارث المرتهن فوافق أحدهما فى الإرجاع دون الآخر، كان لكل ما يعمل فى حقه، وإذا كان الرهن شيئاً واحداً فوافق أحدهما الإرجاع دون الآخر، فالظاهر لزوم فصل الحاكم ولو بالمهايات فى الزمان، إذ لا وجه للترجيح بعد أن لكل أن يجعل حقه كما يريد، لقاعده «لا يتوى» وغيره.

وهل للمرتهن إجبار الراهن فى كون الرهن عنده إذا لم يرد الراهن ذلک، احتمالان، من أنه ملكه فاللازم عليه قبوله، ومن أن مقتضى الرهن كونه عند المرتهن فله حق عدم القبول، والظاهر الثانى.

ومنه يعلم حال الوارث ــ على ما رأيناه من انتقال الحق إليه ــ فليس له إجبار الراهن فى قبوله، خلافاً للمسالک حيث قال: وكذا للوارث الامتناع من تسليمه الرهن له.

ثم إنه إذا سلم الراهن الرهن إلى المرتهن ثم شک فى أنه هل يخون أم لا، مما خاف على ماله، سواء كان التسليم بسبب الشرط ولو ارتكازاً، أو أنه مقتضى الرهن أو لغير ذلک، حق له مراجعه الحاكم للاطمينان.

والحاكم إما أن يجعل عليه مشرفاً، أو يأخذ منه كفيلاً أو ما أشبه ذلك، مما يكون جمعاً بين الحقين.

ولو كان المرتهن اثنين، فمات أحدهما، أو جنّ أو ما أشبه، ضم الحاكم إلى الآخر ثقه، إلاّ إذا رضى الراهن بالبقاء فى يد الباقى منفرداً، كما فى الجواهر، ولا حق للمرتهن الآخر الامتناع.

وإذا كان شرطهما الوضع على يد ثقه فمات ذلك قبل القبض أو بعده أو جن أو غاب، أو لم يقبل أو خان أو ما أشبه، فإن رضيا بشىء فهو، وإن اختلافا فصله الحاكم بما يراه صلاحاً.

ومنه يعلم أن قول الشرائع: ولو خان العدل نقله الحاكم إلى أمين غيره إن اختلف المرتهن والمالك، من باب المثال فى الموضوع وفى الحكم.

ومنه يعلم الحال فيما إذا اختلفا فى أن العدل خان فاللازم أخذه منه، أو لم يخن فاللازم بقاؤه عنده.

ولو غصب إنسان شيئاً فجعله رهناً، فسلمه إلى المرتهن ثم سلمه المرتهن إلى العدل، ثم باعه العدل إلى المشترى وقبض ثمنه ودفعه إلى المرتهن، كان للمالك الرجوع إلى أيهم شاء بعد تلف ماله، لأنه من الأيادى المتعاقبه إذا لم يجوز البيع، وإلا أخذ ثمنه من المشترى أو العدل أو المرتهن، حيث تعاقبت أيديهم عليه.

ولو رهن الغاصب، لكنه لم يسلم الرهن إلى المرتهن، وإن سلّمه إلى العدل لم يضمن المرتهن، لأنه لم يضع عليه اليد، كما أنه لو لم يتسلم المشترى الرهن من البائع، راهناً كان أو مرتهناً أو عدلاً لم يكن لمالكه الرجوع عليه، إذ مجرد إيقاع البيع لا يوجب ضماناً عليه، كما أنه إذا اشتراه المشترى وتسلمه لكن لم يؤد الثمن بعد، وأجاز المالك البيع، لم يكن له أن يسلمّه إلى غير المالك.

وإذا وقع النزاع بين الراهن مثلاً، ومدعى أنه ملكه، فى أنه ملك الراهن أم لا، حق للمشترى الكف عن تسلم المتاع وتسليم الثمن حتى يظهر الحال، بدليل «لا ضرر» الذى تقدم شموله لخوف الضرر أيضاً فى ما كان خوف.

ومما ذكرنا ظهر مواضع القيد فى كلام القواعد، حيث قال: لو تلف العبد فى يد المشترى ثم بان مستحقاً قبل أداء الثمن رجع المالك على من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن والقابض والمشترى، ويستقر الضمان على المشترى للتلف فى يده، ولو لم يعلم بالغصب استقر الضمان على الغاصب.

وقال فى مفتاح الكرامه: ذكر العبد على طريق التمثيل، إذ لا خصوصيه للعبد.

ثم إنه إذا وكل الراهن والمرتهن العدل فى بيع الرهن فباعه وسلم المال إلى المرتهن، ثم قال أحدهما: إنه باعه بأكثر وأخذ الزائد، قبل قوله بيمينه فيهما، لأنه أمين، وليس عليه إلّا اليمين.

نعم، إذا كان وكيل المرتهن فى الحفظ خاصه لم يجر عليه حكم الأمين.

أما إذا ادعى دفع الثمن وكذباه، فقد قال فى القواعد: لو ادّعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن قبل قوله فى حق الراهن، لأنه وكيله على إشكال، ولاـ يقبل قوله فى حق المرتهن، لأنه وكيله فى الحفظ خاصه، فلا يقبل قوله فى غيره، كما لو وكل رجلاً فى قضاء دين فادعى تسليمه إلى صاحب الدين.

أقول: مقتضى القاعده أن القول قول الوكيل بالنسبه إلى الراهن والمرتهن لو كان وكيلهما، وبالنسبه إلى أى منهما لو كان وكيله دون الآخر الذى لم يكن وكيله، ولذا كان محكى الإيضاح والحواشى قبول قوله فى حق الراهن فى مفروض القواعد.

وفصل فى جامع المقاصد بين الوكاله الفعليه فلا يقبل قوله، والتوليه فيقبل، ولعل وجهه الجمع بين قبول قول الوكيل، وأنه إذا لم يكن

لفظ لم تكن وكاله تامه، لأن المعيار فى الكلام كما قال (عليه السلام): «إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام»((۱)).

ولعل وجه إشكال العلّامه ما ذكره مفتاح الكرامه من تعارض الأصل والظاهر، إذ الأصل العدم، وظاهر حاله باعتباره أميناً الأداء، لكن لا يخفى ما فى الوجه المذكور بعد حجيه قول الأمين، كما أن الفرق بين الوكالتين بعد حصول الاستيمان غير ظاهر.

أما إذا كان وكيل المرتهن دون الراهن وادعى الأداء، حيث يقبل قوله من جهه المرتهن دون الراهن، فيتصور فيما إذا ادعى الراهن التواطى مع المرتهن لأجل أن يأكل العدل الثمن، ثم يتقاص المرتهن من ماله للراهن عنده أو نحو ذلك.

وكيف كان، فإذا قال المرتهن: لم يصل إلىّ حقى فيما لم يكن وكيلاً عنه، لزم على الراهن التدارك.

أما بالنسبه إلى فرع القواعد الثانى بعدم قبول قول العدل فى حق المرتهن، ولذا كان المحكى عن المبسوط والتحرير والتذكره أن القول قول المرتهن مع يمينه، وعن جامع المقاصد موافقتهم لانتفاء الوكاله فى الأداء من طرف المرتهن، فيه إشكال ذكره المبسوط، وتبعه غيره من أن العدل مفرّط فى ترك الإشهاد الموجب لخساره الراهن، وقد كان ظاهر الوكاله أنه وكله فى دفع يبرؤه من الثمن، فإذا لم يعمل بالوكاله لم يكن أميناً يقبل قوله بحلفه، فأمره دائر بين الخيانه وبين عدم العمل بمقتضى الوكاله.

۱- الوسائل: ج۱۲ ص۳۷۶ ح۴

أقول: إذا كـانت الوكـاله مقيـده لفظـاً أو ارتكـازاً كـان كما ذكروا، وإلا كانت المسأله خاليه عن الإشـكال، لكن لو ادعى الأمين الإشهاد وأن الشهود ماتوا فهل يقبل، الظاهر ذلك، لأنه أمين.

وكـذا إذا ادعى عـدم اشتراط الإشـهاد، فعلى الراهن المـدعى له الإثبـات. والكلام فى المسأله طويـل موكول إلى بـاب الوديعه والوكاله.

ثم قال القواعـد: ولو غصـبه المرتهن من العدل، ثم أعاده إليه زال الضـمان، ونقله مفتاح الكرامه عن المبسوط والتذكره والتحرير وجامع المقاصد، وذلك لأنه قد رده إلى وكيله فزال الضمان عنه، كما أنه كذلك إذا رده إلى نفس الراهن.

وكذا الحال فيما لو قبضه المرتهن لا بعنوان الغصب، كما عن التذكره.

وعلى أى حـال، فـإذا أعطى العـدل الرهـانه إلى المرتهن، فـإن كان لم يرض بـذلك الراهن، ولـذا لم يسـلمه إليه من الأول كان ضامناً، أما إذا لم يكن كـذلك وقـد دفعه العـدل إلى المرتهن لأنه وكيله العام مثلاً فى أموره، فهو بذلك كسائر الأمناء الذين لا يقيـدون بمباشـره الأعمال، ولم يكن الراهن مانعاً عن تلك، ولم يكن على العـدل شـىء فى تلفه بيـد المرتهن بـدون تفريط لأنه أمين، كما أن المرتهن أمينه أيضاً.

وفى المقام فروع أخرى، لكن حيث إنها مرتبطه ببابى الوكاله والوديعه تركناها خوف التطويل، والله الموفق المستعان.

مسأله ۳۰ بیع الراهن متوقف علی إجازه المرتهن

(مسأله ۳۰): قال فی الشرائع: لو باع أو وهب الراهن وقف علی إجازه المرتهن.

أقول: وذلک لأنه کالفضولی، بل أقل منه، حیث إن فی الفضولی لا ملک أصلاً، وهنا ملک متعلق لحق الغیر، فاللازم أن یقال بالصحه بالأدله المذکوره هناک، کما أن العکس کذلک أولی من الفضولی، بأن باع المرتهن، إذ فی الفضولی لا ملک ولا حق، وهنا لا ملک لکنه حق.

وکیف کان، فإن حصلت الإجازه حکم بالصحه فیهما، وإلا حکم بالبطلان، کما فی المسالک والجواهر وغیرهما بالنسبه إلی الفرع الأول.

وقال فی القواعد: لیس لأحدهما التصرف إلاّ بإذن الآخر، فلو بادر أحدهما بالتصرف لم یقع باطلاً، بل موقوفاً، إلاّ عتق المرتهن فإنه یبطل وإن أجاز الراهن.

وقد نقل مفتاح الکرامه صحه عمل الراهن حتی فی العتق عن النهایه وجامع الشرائع والنافع والتذکره والتحریر وغیرهم، بل لم یُنقل خلاف إلاّ من المبسوط والمراسم والوسیله والغنیمه ومیل الدروس، ثم قال: دلیل الأولین إطلاق أدله الفضولی وأنه ملک، ودلیل الآخرین فی استثناء العتق من الراهن أنه إیقاع فلا یکون موقوفاً، لاعتبار التنجیز فیه، والکلام فی صحه الفضولی فی الإیقاع موکول إلی بابه، وإن کنا لم نستبعد ذلک، لأنه عقلائی، فدلیل الفضولی یأتی فیه إلاّ إذا کان احتیاط أو نحوه کالطلاق.

وکیف کان، فمن لا یقول بالفضولی فی البیع یمکن أن یقول به هنا، لما عرفت من وجود الملک هنا.

أما وجه عدم صحه عتق المرتهن، فهو دلیل أنه «لا عتق إلاّ فی ملک»، بل ادعی علیه الإجماع، وإن کان فیه نظر، وکأن بعض الأصحاب قالوا به، لأن المسالک

قال: إن كثيراً من الأصحاب لم يتوقفوا فى عدم وقوع الفضولى فى العتق من المرتهن.

ولذا قال فى مفتاح الكرامه: إن كان هناك إجماع فلا كلام، وإلا فالفضولى جار فى مثله، إذ المرتهن أعتقه عن الراهن.

أقول: والفضولى قد يوقع العقد عن المالک، وقد يوقعه بعد تنزيل نفسه منزله المالک كما حققوه فى المكاسب، ومقتضى القاعده صحه كليهما إن أجازه المالک، أو انتقل المال إلى الفضولى فأجازه، أو أن نفس الانتقال بحكم الإجازه كما حقق فى محله.

وكيف كان، فإن لم يجز المرتهن بيع الراهن، فهل يبطل كما هو مقتضى ظاهر كلماتهم، أو يقع موقوفاً على افتكاك الرهن، فإن فك صح تلقائياً، لأن الناقص فيه وهو تعلق حق المرتهن به قد زال، لا يبعد الثانى، لشمول أدله الفضولى له، فلا وجه للبطلان إلّا إذا كان إجماع.

ثم هل إجازه المرتهن كسائر إجازات عقد الفضولى، أو أنها إسقاط حق رهانته ليؤثر العقد أثره لتماميه المقتضى وارتفاع المانع، ظاهر كلماتهم كما ادعاه الجواهر أيضاً، بل صريح بعضهم كالعلّامه وثانى الشهيدين وغيرهم الأول، وهذا هو الأصح، إذ تعلق حقه يجعل المال بلا مقتض، فإن المقتضى هو الملک التام ولا تام هنا، كما لا ملک فى جانب المرتهن، فله حق الإمضاء والفسخ، كما أنه إذا باع المرهون ثالث توقف على إجازتهما معاً، فإن أجازا صح وإلا بطل.

ومثله ما لو باع المالک داره المستأجره بيعاً للأصل والمنافع، حيث نقول بصحه بيع المنافع، فإن الأمر متوقف على إجازه المستأجر.

ص: ١٩٠

وكـذا إذا باعها المسـتأجر، فإن الأمر متوقف على إجازه المؤجر، وبذلك ظهر أن إجازه المرتهن مثل إجازه الراهن تكون لنفس العقد، كما اختاره الجواهر وغيره، ونفس الإجازه منه إسقاط لحقّه.

والظاهر أن له الإجازه المقيـده، بأن يقول: أجيز بنحو يكون بدله رهناً، أو بشـرط إعطائى كذا فيما كان له الانتفاع بالرهن بصوره لم يكن ربا، لما تقدم من أن مثله عقلائى فيشـمله الدليل، فإذا لم يف المشـروط عليه كان له المطالبه بالشـرط، فإن لم تنفع كان له إبطـال الإجازه الموجب لبطلان العقـد، كما أن له الاستيلاء على البـدل رهناً، إذ لا حق للمالك فى منعه، والظاهر أنه من قبيل نتيجه الرهن، ومثله صـحيح، فلا يقال: الرهن عقـد ولم يحصل، إذ لا دليل على أكثر من ذلك، فحاله حال نتيجه الملك. نعم فى النكاح والطلاق لا يصح ذلك، لدليل خاص.

أمـا إذ جعل رهن البـدل قيـداً ولـم يمكن، بطل بيع الرهن تلقائياً، لانتفاء القيـد بانتفاء شـرطه، بخلاف الشـرط الـذى هو التزام فى التزام.

وعلى ما ذكرناه فإذا باعه الراهن ثم انفك، أو المرتهن ثم ملكه فى قبال دينه صح العقد السابق.

نعم فى الأول: لا يحتاج إلى إجازه جديده، لأنه باع ملكه وقد زال مقتضى التوقف الذى هو إجازه المرتهن.

وفى الثانى: يحتاج إلى إجازه جديده، لأنه وقت البيع لم يكن ملكاً له، مثل بيع الوارث مال مورثه ثم ملكه.

ومما تقدم ظهر الكلام فى ما لو وقفه الراهن ثم افتك حيث يصح الوقف لتجمع شرائطه، كما أن الأمر كذلك لو

وقفه الراهن ثم أذن المرتهن قبل الانفكاك بقيد أو شرط أو مطلقاً، وحال القيد والشرط إذا لم يعمل بهما حال ما تقدم.

ومن ذلك ظهر قول الجواهر: إن من الحال فى العتق يعلم الحال فى الوقف، وإن قلنا باعتبار النيه فيه، وكونه كالإيقاع فى عدم الحاجه إلى القبول، واحتمال المنع لاعتبار نيه القربه فيه التى لا ـ تقبل التعليق يدفعه بعد تسليم اعتبار ما فيه منع منافاه حصولها بإيجاد سببه، فيما يتوقف على ارتفاع مانع شرعى إرثه كذلك.

ومنه يعلم حال ما إذا وقفه المرتهن ثم انتقل إليه أو أجازه الراهن، لأن الحكم هنا وفى باب العتق من واد واحد، كما ظهر بذلك حال الوصيه من أحدهما، بل هو أوضح، كما إذا وصى الراهن أن يجعل الدار المرهونه مسجداً أو ما أشبه، فإنه إن أجاز المرتهن وجعل لم يكن فيه كلام، وإن أجاز فهل يلزم ذلك مطلقاً، أو إذا مات ولم يبطل إجازته، أو أجاز بعد موته، الظاهر عدم الملزم، وتنظيره بإجازه الورثه للأكثر من الثلث لا وجه له، لأنه ثبت بدليل.

نعم، إذا نفذت الوصيه لا ـ مجال للمرتهن فى رجوعه لانتفاء الموضوع، ويأتى فى إجازه المرتهن للوصيه الكلام السابق فى الإجازه المقيده والمشروطه والمطلقه.

أما لو انعكس، بأن أجاز الراهن وصيه المرتهن، كما لو أوصى بأن الرهن أو بدله وهو الدين الذى يسدد مما عليه الرهن حيث يباع يصرف فى كذا، فإنه لا إشكال فى صحه الوصيه، وعدم الحاجه إلى إجازه الراهن.

ص:۱۹۲

أما إذا أوصى بجعل نفس الدار المرهونه عنده مسجداً مثلًا، فإنها لا تصح إلّا بإجازه الراهن، إذ متعلق الوصيه ملك الغير، فإذا أجاز ونفذ لا حق له فى الرجوع، وإنما يكون الرهن فى قبال دين المرتهن منه، وإن أجاز ولم ينفذ حق له الرجوع، لما تقدم من عدم دليل على كون الإجازه ملزمه، وقد ذكرنا فى كتاب الوصيه صحه الوصيه الفضوليه وتأثير الإجازه فيها.

وعليه فقد يوصى المرتهن فضوله عن الراهن رهناً لا ـ يكون المرهون فى قبال دينه، لأنه وصيه الراهن لا المرتهن حقيقه، وقد يوصى عن نفسه رهناً يكون فى قبال دينه بعد إجازه الراهن، فإذا كان المرهون بقدر الدين فلا شىء، وإذا كان أقل لزم على الراهن إعطاؤه التفاوت، وإذا كان أكثر كان على المرتهن إعطاء التفاوت، ولا إشكال فى ذلك من جهه الربا، لأنه عكس الربا كما تقدم مثله فى بعض المباحث السابقه.

ولو أذن الراهن للمرتهن فى بيع أو وقف أو عتق أو غيرها، ثم رجع قبل أن يعمله المرتهن، وعلم المرتهن بذلك، فلا كلام فى أن عمله بعد ذلك يكون فضولياً، ولو رجع الراهن بعد أن عمل فلا كلام أيضاً فى عدم تأثير رجوعه.

أما الأول: فلأنه لا دليل على أن الإذن ملزم، فالأصل تسلطه على إبطاله.

وأما الثانى: فلأن العمل صدر عن إذن المالك، فيشمله(أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ)((1)) ونحوه، لأن الصادر عن إذنه بعد عقده.

۱- سوره المائده: الآيه ۱

نعم، يقع الكلام فيما إذا رجع قبل عمل المرتهن، ولم يعلم به المرتهن حتى عمله، والظاهر أنه فضولى، إذ الأمر دائر مدار الواقع حسب ظواهر الأدله. نعم لو وقع ضرر ونحوه لم يتحمله المرتهن، لأنه مغرور فيرجع إلى من غره.

ومنه يعلم وجه النظر فى كلام الجواهر، حيث قال: لو أذن الراهن للمرتهن فى البيع ورجع، أمكن القول بعدم البطلان لأنه من الوكاله، إذ فيه: إن الوكاله غير الإذن كما حققناه فى أواخر شرح العروه.

ولو أذن المرتهن للراهن بالتصرف فرجع عنه بعد التصرف لم يكن له مجال، ونفذ التصرف، ولو شرط فى إذنه فلم يعمل الراهن بالشرط، كان له حق الإجازه لتصرفه والفسخ، وأن وقف الراهن أو أعتق أو زوج الجاريه، لإطلاق الأدله.

ولو أذن ورجع قبل العمل وعلم رجوعه الراهن، فهو كما لو لم يأذن، أما إذا لم يعلم الراهن إلّا بعد أن عمل، قال فى الجواهر: أمكن القول بالفساد كما عن المبسوط الجزم به لبطلان مقتضى الصحه فى الواقع.

أقول: ومقابل احتمال الفساد احتمال الصحه، إما لأنه وكاله والوكاله نافذه ما لم يعلم الوكيل، وإما تنظيره بالوكاله لوحده الملاك، وإما لأن العرف يرى أن المعيار فى العمل هو الموازين الظاهريه، كما ذكرنا مثله فيما إذا ظهر عدم المصلحه فى مباشره أعمال الصغير والمولى عليه وما أشبه، وفى الكل ما لا يخفى، إذ لا مناط، والقياس ممنوع.

ص:۱۹۴

نعم، إذا تضرر الراهن بما عمله، فهل الضرر على المرتهن الراجع عن إذنه لأنه سبب ضرره، أو على نفسه لأنه أقدم على ما يحتمل الضرر، احتمالان، وإن كان الثانى أقرب.

ولو اختلفا فى أنه هل رجع المرتهن قبل عمله كما يقوله المرتهن، أو بعد عمله كما يقوله الراهن، فالظاهر الثانى، لأصاله الصحه، كما إذا اختلف المتبايعان بعد البيع فى أن البائع أو البيع هل كان جامعاً للشرائط أم لا، فمدعى الفساد بحاجه إلى الدليل، ولو ادعى المرتهن على الراهن علمه بأنه رجع لم يكن له عليه إلّا الحلف بعدم العلم.

ولو باع المرتهن فيما حقه البيع بخيار، كالعيب والغبن والتأخير والحيوان ونحوها، فلا شك فى أن للراهن الفسخ، لأنه المالك، وكون المرتهن له الحق فيه لا يجعله شرطاً له فى الخيار، أو مانعاً فى وجهه إن منع المرتهن من أخذ الخيار، وقد تقدم أن مقتضى القاعده أنه لو بطل العقد بالخيار رجع الشىء رهناً، وهذا هو المحكى عن المبسوط، خلافاً للجواهر حيث قال: لو فسخه الراهن لم تعد الرهانه للأصل السالم، وفيه: إنه لا أصل بعد كون معنى الفسخ رجوع كل شىء إلى حالته السابقه، ولو كان الفسخ من حينه، لا من حين العقد.

نعم، إذا لم يكن محل للرهن، كما لو ورث المرتهن الراهن أو ما أشبه، بطل لفقد موضوعه.

ولو طلب الراهن من المرتهن أن يهب الرهن فأجازه المرتهن، لم يكن إسقاط للرهن إلّا إذا حصلت الهبه، لأنه لا منافاه بين البقاء رهناً مده، وبين الهبه المسقطه للرهن من حين وقوعها.

ولو باع الراهن بدون إذن المرتهن، فطلب المرتهن الشفعه، فالظاهر أنه

إجازه إذا كان علم بالرهن، لا أن وكيله أجرى الرهن، ولم يكن ناسياً وغافلاً عنه، إذ فى غير الصورتين تتوقف صحه الشفعه على بيع صحيح، وهو رضى المرتهن، فحمل طلبه على الوجه الصحيح المعتبر يستلزم ذلك.

أما احتمال الجواهر أن يكون طلبه إجازه قهراً لأمر إلاّ على الرضا الذى تحصل به الأجازه، غير ظاهر الوجه، إذ لو دل دليل على ذلك فى موضع لا لتصرف المسقط لحق الخيار، لا يدل على أن ذلك على وفق القاعده حتى يرجع كل مورد إليها.

ثم معرفه هل أنه غافل أو ناس أو ما أشبه، يعرف من قبله، كما أنه إذا لم نعلم ولم يمكن الاستفسار ونحوه كان أصل الالتفات محكماً، فإنه أصل عقلائى يؤخذ به ما لم يعرف الخلاف.

ولو طلب الراهن من المرتهن بيعه فأجازه، ثم قال: كنت ذاهلاً، أو طلب المرتهن من الراهن بيعه فأجازه، ثم قال الراهن كذلك، فإن وقع البيع لم تنفع الدعوى، لما تقدم من أصاله الصحه، كما أنه إذا كان قبل البيع لم يحتج إلى ادعاء الذهول، لما تقدم من أن الإجازه لا تلزم، فله حق الرجوع، وإن لم يكن ذاهلاً.

نعم لو أجاز بعد البيع، ثم قال: كنت ذاهلاً وكان ارتكازى غير الرهن، وحيث لا إجازه فلا تماميه، لأن العقود ونحوها تتبع القصود، فالظاهر عدم قبول قوله، لأنه يريد بذلك إبطال العقد، وأصل الصحه مانع منه.

وهل يصح أن يرهن المرتهن حقه فى الرهن عند الراهن، الظاهر ذلك إذا قلنا بأن الرهن لا يلزم أن يكون عيناً، بل يصح فى الدين والحق، كما لم نستبعده فى أوائل الكتاب، وهنا تأتى جمله من الفروع السابقه بين الراهن والمرتهن فى رهن العين، والله العالم.

مسأله ۳۱ لو باع الراهن بالإجازه لم يكن الثمن رهنا

(مسأله ۳۱): لو أذن المرتهن الراهن فی بیع الرهن قبل حلول أجل الـدین فباع، ولم یکن ارتکاز بجعل بدله رهناً وما شـرط، بطل الرهن، بلاـ خلاـف ولاـ إشـکال، کما ذکره المحقق والعلامه وشـراحهما وغیرهـم، وذلک لأن الرهن لا یلائم خروج الملک عن ملـک الراهن، اللهم إذا اسـتعد المشتری لکونه رهنـاً کالسابق، فیکون مثل اسـتعاره الراهن ما یرهنه لـدی المرتهن، إذ لا فرق بین الاستعاره السابقه واللاحقه.

أما إذا أجاز المرتهن للراهن فی جعله وقفاً مجرداً کالمسجد، أو أن یعتقه أو أن یتلفه، مثل أن کان حنطه وأجازه أن یطعمها، إلی غیر ذلک، فلا مجال لأن یکون بنفسه أو بـدله رهناً، إذ الوقف ونحوه لا یصـلح للرهن، والمأکول زائل عینه، ومثله ما کانت عینه بـاقیه لکن یسـقط من الصـلاحیه، کما إذا أجاز له أن یلقیه فی البحر لتخفیف السـفینه، أو یعطیه للغاصب والسارق للخلاص منه، حیث لا تصل إلیه الید.

أما إذا کان ارتکاز یکون بدله رهناً فی القسم السابق، أو کان شرط علیه ذلک قام البدل مقام البدل منه، لإطلاق أدلته.

ومنه یعلم وجه النظر فی المحکی من الأصـحاب کمـا فی الجواهر، من أن ظـاهرهم سـقوط حق الرهـانه، لعـدم تعقـل بقائهـا فی المبیع حتی تقابل بالثمن، ثم تأمل هو فی صحه ما قالوه.

قـال فی القواعـد: لو بـاع الراهن بإذن المرتهن صـح، ولا یجب رهینه الثمن إلّا إذا شـرط، ولو قال: أردت بالإذن أن یکون الثمن رهناً لم یقبل.

أقول: وجه عـدم القبول أنه إذا وقع البیع عن الإذن أخـذ بظاهره، وإلا حق لکل بائع وغیره أن یقول بأنه قصـد قیداً، وحمل ذلک علی طرفه، مع

أنه واضح البطلان، فإن العقد بما هو واجب الوفاء لا بما يُظهر أحدهما بعد العقد مما هو خلاف ظاهره، ولذا نقل مفتاح الكرامه مقاله العلامه بعدم القبول عن المبسوط والتحرير والدروس وجامع المقاصد، ثم قال: ومرجعه إلى الاختلاف فی النیه، ووجهه أن الاعتبار بما دل علیه اللفظ، ولا دلاله فی الإذن فی البیع علی ذلک.

وقال فی المسالک: هذا مع عدم شرط جعل الثمن رهناً عند إذن المرتهن فی البیع، وإلا لزم قطعاً، لعموم قوله (علیه السلام): «المؤمنون عند شروطهم»((1)).

وکیف کان، فإذا أجاز المرتهن للراهن وقف الملک بشرط بقائه رهناً، مثل الوقف علی الذریه، فالظاهر أنه لا مانع منه لأنه لیس تحریراً کما حقق فی محله.

ثم قال القواعد: ولو ادعی شرط جعل الثمن رهناً حلف المنکر، وظاهره أن المراد بالمنکر الراهن، لأنه ینفی الشرط، وهذا ما فهمه جامع المقاصد واختاره تبعاً للدروس کما حکی عنهما، لکن عن التذکره حلف المرتهن لأن القول قوله فی أصل الإذن، فکذا فی صفته.

قال فی مفتاح الکرامه: وهو ظاهر المبسوط.

أقول: ولا یخفی ما فیه، فمختار الشهید والمحقق الثانی علی طبق القاعده.

ثم إن قول المرتهن قصدت الإذن بشرط جعل الثمن رهناً، لا یقبل إذا أظهر ذلک بعد البیع. أما إذا أظهره قبل البیع، فهو کما یقول، إذ حتی إذا کان کاذباً فی قوله قد قید إذنه الآن بذلک، وقد سبق أن الإذن لیس ملزماً، فکما له رفع الید منه له تقییده.

۱- الوسائل: ج۱۵ ص۳۰ الباب ۲۰ من أبواب المهور ح۴

وقال فی الجواهر: ومنه يعلم أن السقوط بالبيع لا بالإذن فيه، فله حينئذ الرجوع بها قبل البيع، لعدم بطلان حقه بذلك.

ولو باع الراهن بعد إذن المرتهن له، ثم ادعى المرتهن أنه رجع، وأن الراهن علم بذلك، فله على الراهن الحلف بعدم علمه، ولو قال كلاهما إنه رجع، لكن قال المرتهن كان قبل البيع، وقال الراهن بل كان بعد البيع، كان من مسأله مجهولی التاريخ، أو معلوم أحدهما.

ومنه يعلم وجه النظر فی قول الجواهر: حلف مدعی التأخير من ذلك الوقت، لأنه منكر بناءً على أصاله تأخر مجهول التاريخ عن معلومه، انتهى.

ولو اختلف العرف فی أن الإطلاق منصرف إلى ارتكاز جعل بدله رهناً تساقطا، وكان المرجع الإطلاق، إذ لم يعرف الارتكاز بعد التساقط، وإذ قد عرفت أن الإذن إذا لم يكن مشروطاً لفظاً أو ارتكازاً لم يكن بدل المبيع رهناً، بخلاف ما إذا كان مشروطاً، لم يبق الكلام فی إبداء الفرق بما قبل الأجل وما بعده، فسواء حل الحق، أو كان الحق حالا أو مؤجلًا يدور الأمر مدار التقييد المذكور.

وبذلك يظهر وجه النظر فی محكی المبسوط والتحرير والدروس من التفصيل بأنه لو أذن له فی البيع بعد محل الحق فباع صح البيع، وكان ثمنه مكانه حتى يقضی منه أو من غيره، وقد عللوه بأن ذلك مقتضى عقد الرهن، حيث إن الرهن يقتضی بيع الرهن عند محله، فينصرف الإذن إليه.

وظاهر المسالك تبعاً للشرائع وتبعه الجواهر إنكار التفصيل المذكور، إذ أی فرق بين الإذن قبل حلول الحق أو بعده، فإن كان انصراف كان فيهما، وإلا لم يكن فی أی منهما، وربما أشكل فی أصل جعل البدل وثيقه وإن شرط، لأن المتعلق للرهن قد زال والثمن لم يقع

متعلقاً لرهن جديد، والشرط ليس بمشرع.

وفيه: إن التبديل حتى بدون الشرط يقتضي ذلك، حيث إن الرهن ارتكازاً بالماليه، وصوره الرهون لا خصوصيه لها، والماليه موجوده فى البدل كوجودها فى المبدل منه، فإذا أتلفها متلف وأعطى بدله كان متعلق الحق، وإنما احتيج إلى الشرط أو الارتكاز لئلا يكون إذناً بذهاب الرهن، حيث يقتضى إطلاق البيع ذلك، فلا حاجه فى جواب الإشكال إلى ما ذكره الجواهر بأن الشرط فى الإذن فى العقد كالشرط فى العقد فى اللزوم، بل قد ينحل هذا الشرط إلى كونه شرطاً على البائع فى الإيجاب المعتبر رهناً هما معاً فى صحته، انتهى.

ثم إن المسالك قال: ومثله فى الجواز ـ أى فى صحه الشرط ـ ما لو كان الدين مؤجلاً، فأذن المرتهن فى البيع بشرط أن يعجل حقه من ثمنه، فيلزم الشرط، لأنه شرط سائغ تدعو الحاجه إليه، نبه عليه فى التذكره.

وفى الجواهر: لا أجد فيه خلافاً إلّا من الشيخ، فلم يسقط الأجل بهذا الشرط، ولعل وجه قول الشيخ أنه ليس شرطاً فى ضمن عقد، فلا وجه لإسقاطه الأجل، وفيه إنه شرط فى قبال شيء، ويكفى مثله فى اللزوم، كما ذكر فى بحث الشرط، وليس شرطاً ابتدائياً الذى ذهب المشهور إلى عدم لزومه.

ومنه يعلم حال العكس، بأن يشترط المرتهن على الراهن المريد للبيع تأجيل المده فى ما كان الدين حالاً، لمحذور له فى أن يأتى المال بيده حالاً، وكذا شرط تقصير المده أو تطويلها، أو اشتراء شيء خاص بدل الرهن ليكون رهناً، بل له أن يقول بالتبديل إلى ملك آخر، وإن لم يشترط كون المبدل به رهناً، لأنه يريد تملك الراهن لملك، لا أن يكون يبدله بثمن يذهب مصرفاً.

وكذا له الاشتراط بضم ضميمه إلى الرهن البدل، كما أن للمالك قبول

الشرط بشرط جعل بعض البدل رهناً لا كله، إلى غير ذلك من أنواع الشرط المقصود للعقلاء.

ولو أذن له فى التبديل فصار البدل أقل قيمه أو أكثر، لحصول التضخم أو التنزل فى البدل دون المبدل منه، بقى البدل رهناً سواء صار أزيد أو أقل، لإطلاق الشرط، فلا يضم إليه شىء فى التنزل، ولا يخرج بعضه عن الرهن فى التضخم.

قال فى الشرائع: ولو أذن الراهن للمرتهن فى البيع قبل الأجل، لم يجز للمرتهن التصرف فى الثمن إلا بعد حلوله، وإذا كان بعد حلوله صح.

وقال فى المسالك: وجه عدم الجواز ظاهر بعدم استحقاقه حينئذ، والإذن فى البيع لا يقتضى الإذن فى تعجيل الاستيفاء.

وقال فى الجواهر: معناه كونه رهناً عنده عوض المبيع، كما صرح به فى الروضه، بل ربما قيل: إنه لا خلاف فيه سوى ما حكاه فى الجامع بلفظ القيل من أنه لا يكون رهناً.

أقول: وجه القيل بطلان الرهانه بالبيع، وقد تقدم ما فيه، فما ذكره المشهور هو مقتضى القاعده، وقد فصل الجواهر الكلام هنا، ونقل قول الرياض بعدم الفرق بين إذن الراهن والمرتهن فى بطلان الراهن، وعدم جعل الثمن رهناً، ولكن حيث عرفت فى الفرع السابق وجه كونه رهناً، وهنا وجه عدم حلول الأجل، لا داعى إلى نقله.

ثم إن أذن أحدهما للآخر فى البيع، فإن كان الارتكاز التبديل صح الصلح ونحوه أيضاً، وإلا لزم التقيد بما ذكره، مما يكون غيره فضولياً متوقفاً على الإجازه.

ثم إن أذن الراهن للمرتهن فى البيع، فبـاعه من نفسه بما يساوى حقه جنساً ووصـفاً، فإذا جاء الأجل حصل التهاتر القهرى، أما فى غير هـذه الصوره بـأن كـان المبيع له أجنبيـاً، أو باعه من نفسه بغير الجنس أو الوصف، وجاء الأجل لم يحصل التقاص، حيث إن طلبه من الراهن كلى، ومـال الراهن عنـده جزئى، وانطبـاق الكلى على هـذا الجزئى بحـاجه إلى إذن المالـك، فـإذا لم يـأذن ولم يمكن الاستيفاء من الحاكم حق له التقاص.

ومنه يعلم أن قبول الشـرائع: ولو أذن الراهن للمرتهن فى البيع قبل الأجل لم يجز للمرتهن التصـرف فى الثمن إلّا بعـد حلوله، ولو كـان بعـد حلوله صـح. يلزم أن يحمـل على ما ذكرناه من صوره المساواه فى الـذمه، أو صوره التقاص، أو صوره كون الإذن فى البيع إذناً فى التصرف.

ولذا أشكل عليه الجواهر بقوله: إنه لا يخلو من نظر، ضروره اقتضائه جواز التصرف فى الثمن بعد الحلول وهو واضح البطلان، إذ ليس الثمن إلاّ ـ رهنـاً، فيجرى فيه مـا يجرى فى الرهن من عـدم جـواز التصـرف فيه بعـد الحلـول إلاّ ـ بـإذن الراهن أو الحـاكم أو المرتهن، ومراده بالمرتهن ما ذكرناه من صوره التهاتر، كما صرح به بعداً.

نعم، إذا خاف المرتهن بطلان حقه بالرجوع إليه أو إلى الحاكم، حق له التقاص، كما فى خبر المروزى المتقـدم سابقاً من خوف جحود الوارث، بالإضافه إلى أنه مقتضى القاعده أيضاً.

ولو اقتص فى صوره الخوف، ثم ظهر اشـتباهه، فـإذا كـانت العين بـاقيه فلاـ إشـكال فى لزوم التـدارك بمراجعته الراهن أولاًـ ثم الحاكم، وإن كانت العين منتقله عنه بوقف أو نحوه ظهر البطلان، إذ الأمر دائر مدار الواقع لا

الخوف ونحوه فإنه طريقى، وإن كان الانتقال بالبيع، ولم يمكن الاسترجاع فهل يبقى على التقاص، أو اللازم مراجعه الراهن، حيث إن البدل له، ولعله لا يريد إعطاء هذا البدل.

أما أن البدل له فظاهر، لأنه إن أجاز البيع صار بدله له اختياراً، وإلا صار له تقاصاً، وهذا هو مقتضى القاعده.

وإذا حل الأجل، فهل للمرتهن تكليف الراهن بالأداء من غير الرهن، أو هل للراهن إعطاؤه من غيره، الظاهر العدم فى الأول إلاّ إذا كان ضرر على المرتهن فى أداء الراهن من نفس الرهن، وذلك لأن الرهن وثيقه فقط والدين فى ذمه الراهن يؤديه من حيث شاء، فلا حق للمرتهن فى الإجبار.

وبذلك يظهر وجه الثانى وهو حق الراهن فى الأداء من حيث شاء، ولذا قال فى محكى الدروس: ليس للمرتهن تكليف الراهن بأداء الحق من غير الرهن، وإن قدر عليه الراهن.

أما تعليل الجواهر لقول الشهيد بقوله: ولعله لتعلق حقه فى الغير برضاه، ولا ينافى ذلك شغل ذمه الراهن، كما لا ينافيه عدم جواز البيع له لو بذل له الراهن الدين، فغير ظاهر الوجه.

ومن الكلام فى حلول الأجل ظهر ما إذا لم يكن الدين مؤجلاً بل حالاً، لوحده الملاک فى كليهما من جهه ما نحن فيه.

ولو أجبر المرتهن الراهن بأخذه الرهن عوض دينه، لا يكون ذلک له إذا لم يأخذ الراهن الدين تقاصاً، فللراهن أن يستنقذ حقه إذا تمكن.

ويظهر ذلک جلياً فى صوره ارتفاع السوق والنتاج، كما إذا كان الرهن

شـاه فى قبـال دينـار فأخـذها المرتهن إجباراً على الراهن، كان للراهن أخـذها حيث تمكن، وإذا ارتفعت قيمتها له أخـذ التفاوت منه،كما أنها إذا ولدت كان الولد للراهن.

نعم، لا ـ حق فى امتنـاع المرتهن عن أخـذ القيمه أو المثل من الراهن، بحجه أنه يريـد غيره، إذ الـذى يعين الكلى هو المـديون لا الدائن.

ص:۲۰۴

مسأله ۳۲ لو تعذر أداء الدين

(مسأله ۳۲): قال فی الشرائع: وإذا حل الأجل وتعذر الأداء، کان للمرتهن البیع إن کان وکیلًا، وإلا رفع أمره إلی الحاکم لیلزمه البیع.

أقول: رفع الأمر إلی الحاکم إنما هو إذا لم یمکن أخذه من نفس الراهن أو وکیله أو ولیه _ فیما إذا جن مثلًا _ أو وارثه، إذ مع الإمکان لا وجه للحاکم کما هو واضح، وهذا هو مراد المحقق، ولعله لم یذکره لوضوحه، ولیکون تمهیداً لقوله بعد ذلک: فإن امتنع کان له حبسه.

وکیف کان، فمقتضی القاعده أن الراهن إن استعد للأداء لم یحتج إلی مراجعه الحاکم، وإن لم یستعد للأداء رفع أمره إلی الحاکم.

وفی الجواهر: بلا خلاف أجده فیه، وهو الظاهر من مراجعه کلمات الفاضلین وشراحهم والشهیدین وغیرهم، إذ الحاکم هو المنصوب لقطع الخصومات وإیصال الحقوق إلی أربابها، إلی غیر ذلک.

والظاهر أنه إذا لم یکن حاکم شرع مبسوط الید جاز الرجوع إلی حاکم الجور لإنقاذ حقه، إذا لم یمکن الإنقاذ بواسطه عدول المؤمنین، ولا بسبب التقاص، وإلا لم یجز، للأدله التی ذکرناها فی کتابی التقلید والقضاء.

وهل للمرتهن الحق فی ضربه وسجنه إذا کان عقلائیاً، ولم یوجب مشکله ممنوعه شرعاً، الظاهر ذلک، لأنه من مراتب الأمر بالمعروف والنهی عن المنکر، کما حقق فی محلّه.

وهل له أن یأخذ خسارته لرسوم الدعوی عن الراهن المنکر أو المماطل، کما یتعارف فی جمله من المحاکم القانونیه ذلک، الظاهر ذلک، لأنه سبب خسارته عالماً عامداً.

نعم، إذا لم یکن عن علم وعمد یشکل أخذه منه، لأصاله العدم، فدلیل

«لا ـ يتوى» بضـميمه أنه حق عرفى يعطى حقه فى أخـذ الخسائر إذا كان عامـداً، بل هو داخل فى قوله (صـلى الله عليه وآله): «ليّ الواجد يحل عقوبته»((١)). ومفهومه عرفاً أن غير الواجـد ولو كان بسـبب عـدم علمه، لا يحل عقوبته التى منها أخذ الخسائر منه، ولذا لا يحل ضربه وحبسه أيضاً، فلا يقال: إن الضمانات لا يختلف فيها العلم والجهل، فتأمل.

ثم إنه يشترط فى وصول النوبه إلى الحاكم عـدم إمكان أخـذه منه أو وكيله وما أشـبه، فإذا كان لا يدفع هو أما وكيله فيدفع، لم يكن الأـمر يصل إلى الحاكم، كما لا يصـح التقاص أو البيع بنفسه إذا أمكن الحاكم، لأنه لا تسـقط حرمه ماله ما دام يتمكن من الرجوع إلى الولى الذى هو الحاكم، وقوله: «استوثق بمالك بما شئت» لا يقتضى إلّا الاستيثاق المشروع.

وإذا تمكن المرتهن من حبسه أو ضـربه بنفسه لإنقاذ حقه، ومن مراجعه الحاكم، قـدم الثانى كما تقـدّم من أنه المنصوب لفصـل الخصومات وحلّ المشكلات، وإعطاء الرخصه لذوى الحقوق فى إنقاذ حقوقهم بدونه يوجب الفوضى والهرج والمرج.

ثم إن الحاكم يأخذ بما يرى من حبسه، أو إجازه المرتهن فى أخذ حقه من العين، أو من غيرها، أو غير ذلك، مع مراعاه الأخف فالأخف، لأن تسلط الناس على أموالهم وأنفسهم يقتضى أن الخارج عنه بقدر الضروره، جمعاً بين الحقين.

ففى خبر سـماعه، عن الصـادق (عليه السـلام): «كـان أمير المؤمنين (عليه السـلام) يحبس الرجـل إذا التوى على غرمـائه، ثم يأمر فيقسم ماله بالحصص، فإن أبى باعه فقسمه فيهم يعنى ماله»((٢)).

١- الغوالى: ج۴ ص٧٢ ح۴۴

٢- الوسائل: ج۶ ص١۴٧ الباب۶ من أحكام الحجر ح١، والتهذيب: ج٢ ص ٩٠

وظاهره أنه (علیه السلام) یجبره بالحبس إن یباشر هو، فإن أبی من بعد الحبس باشر (علیه السلام) بنفسه إیصال الحقوق، فتأمل.

وإذا کان علی المرتهن العسر والحرج فی مراجعه الحاکم، فهل یأخذ بنفسه، الظاهر أنه إذا تمکن من مراجعه عدول المؤمنین قدم، لما دل علیه بعد الحاکم الذی یسقط بعدمه أو تعسر مراجعته لکثره أشغاله مثلا، أو عسر المرتهن فی المراجعه وإن کان الحاکم سهل المنال، أو ضرره حالاً أو فی المستقبل، أو احتمال ضرره، کما إذا احتمل أنه إن أظهر الرهن _ والراهن قد نسیه _ وراجع الحاکم أضر به الراهن إذا علم، حیث إنه مفسد ظلوم، إلی غیر ذلک من الأمثله.

وکیف کان، فالروایات الداله علی الاستیفاء بنفسه لیست فی مقام البیان من جهه حق الاستیفاء، سواء أمکن الحاکم أم لا، ولذا لم یؤخذ بإطلاقها.

مثل ما رواه الغوالی: إن النبی (صلی الله علیه وآله) قال: «للدیان من أعسر خذوا ما وجدتم لیس لکم إلّا ذلک»((1)).

وروایه: «لیّ الواجد».

وموثق إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا إبراهیم (علیه السلام) عن الرجل یکون عنده الرهن، فلا یدری لمن هو من الناس، فقال: «لا ـ أحب أن یبیعه حتی یجیء صاحبه»، قلت: لا یدری لمن هو من الناس، فقال (علیه السلام): «فیه فضل أو نقصان»، فقلت: إنه کان فیه فضل أو نقصان، فقال: «إن کان فیه نقصان فهو أهون یبیعه، فیؤمر فیما نقص من ماله، وإن کان فیه فضل فهو أشدهما علیه یبیعه ویمسک فضله حتی یجیء صاحبه، وإن لم یمکن»((2)) الحدیث، فهی لیست بصدد الإطلاق

1- المستدرک: ج۲ ص۴۹۷ الباب۷ ح۸

2- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۲۴ الباب۴ ح۲، التهذیب: ج۲ ص۱۶۳

من هـذه الجهه، فلاـ حـاجه لمنع إطلاقه بما ذكره الجواهر من أنه لم يجـد عاملاً به عـدا ما يحكى عن ظاهر أبى الصـلاح، حيث أطلق جواز البيع مع عدم التمكن من استيذان الراهن.

كمـا أنه لاـ إطلاـق لموثق عبيـد بن زراره، عن الصادق (عليه السـلام)، فى رجل رهن رهناً إلى غير وقت موقت ثم غاب، هل له وقت يبـاع فيه رهن، قال: «لا حتى يجىء»((١))، فـإنه ظاهر فى العرفيه، لا فى الإطلاق، إذ ظاهره الغيبه التى لا ضـرر على الـديان بانتظار الحضور لتوقع مجىء الراهن، فلا داعى إلى حمله على الكراهه.

ومثله موثق ابن بكير: سـألت أبـا عبـد الله (عليه السـلام)، عن رجل رهن رهناً ثم انطلق، فلا يقـدر عليه أيباع الرهن، قال: «لا حتى يجىء صاحبه»((٢)).

ونحوهمـا مـا رواه الـدعائم، عن أبى جعفر (عليه السـلام)، أنه قـال: «إذا كـان الرهن إلى أجـل وغاب الراهن لم يبع الرهن إلاّ أن يحضر، أو يكون له وكيل، أو يجعل بيعه إن غاب من وقت الأجل إلى من هو فى يده أو إلى غيره»((٣)).

وأمـا خبر إبراهيم بن عثمـان، قلت للصـادق (عليه السـلام): رجـل لى عليه دراهم وكـانت داره رهناً فأردت أن أبيعها، فقال (عليه السلام): «أعيذك بالله أن تخرجه من ظل رأسه»((٤)).

وعثمان به زياد، عن أبى عبد الله (عليه السلام) مثله((٥))، فلا ريب فى إراده الكراهه لبيع الدار التى هى مسكنه.

١- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٢٤ الباب٤ ح١، التهذيب ج٢ ص١٦٤

٢- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٢٥ الباب٤ ح٣، التهذيب ج٢ ص١٦٤

٣- مستدرك الوسائل: ج٢ ص٤٩٤ الباب٤ ح١

٤- وسائل الشيعه: ج١٣ ص٩٥ الباب١١ ح٤، التهذيب: ج٢ ص١٦٤و ١٦٦

٥- وسائل الشيعه: ج١٣ ص٩٥ الباب ١١ ح٤

ويؤيـده ما فى روايات مشابهه مـذكوره فى باب الـدين، مثل روايه محمـد بن أبى عمير، وروايه ابن زياد، قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السـلام): إن لى على رجل ديناً وقـد أراد أن يبيع داره فيقضـينى، فقال أبو عبد الله (عليه السـلام): «أعيذك بالله أن تخرجه من ظل رأسه»([1]).

ثم الظـاهر أنه لاـ يجوز البيع إذا سـبب ذلـك عسـراً وحرجـاً على الراهن، مثـل أن يوجب أن لاـ يجـد مسـكناً أو ما أشـبه، إلاّ أن يعـارض بعسـر وحرج المرتهن فيتساقطان ويقـدم حكم الرهن، أو يقال: إنه برهنه أقـدم على حرج نفسه، فلم يكن الشارع أوجب عليه الحرج، وظـاهر الـدليل نفى ما كان الشارع سـببه، ولـذا إذا أقـدم على المعامله الغبنيه لم يكن له خيار، إلاّ أن يقال: فرق بين الضـرر المالى والحرج، ولذا إذا فعل عملاً أوجب ضـرر الصوم أو الطهاره أو القيام فى الصـلاه أو ما أشبه عليه سقطت، وإن كان السـبب نفسه، كمـا إذا سـافر راجلاًـ مع علمه بـأنه يمرض حتى تمرض، فـإنه لاـ يقال: إن الحرج فى وضوئه مثلاً بسـبب نفسه فلا يسقط عنه الوضوء.

وكذا حال الضرر الجسمى إذا فعل ما هو سببه، يسقط التكليف أيضاً مما يوجب الضرر، إلاّ إذا كان الضرر والحرج قابلاً للتحمل حيث يتخير، كما ذكرنا تفصيله فى كتاب الصوم من الشرح.

وهـل بعـد عـدم التمكن من الحـاكم يباشـر المرتهن البيع بنفسه، أو تصل النوبه إلى العـدول، احتمالان، من أن العـدل يقوم مقام الحـاكم، لروايه «إن كـان مثلـك ومثـل عبـد الحميـد» وغيرهـا، ولأـنه أبعـد عن النزاع، ولـذا أطلقوا قيام العـدل مقامه فى أماكن متعدده، ومن أنه لا إطلاق فى دليل العدل، فمع الشك يكون

١- وسائل الشيعه: ج١٣ ص٩٤ باب ١١ ح٣، التهذيب: ج٢ ص ٦٠

الأصـل عـدمه، ولـذا كان المحكى عن التـذكره أنه إذا لم يكن بلغه، أو لم يكن فى البلـد حاكم فله بيعه بنفسه، كما أن من ظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جامد ولا بينه له يبيعه ويأخذ حقه.

أقول: ويؤيده إجازه رسول الله (صـلى الله عليه وآله) لهند فى الأخذ من مال أبى سـفيان بقدر نفقتها وأولادها((١))، واحتمال أنه إجازه شخصيه منه (صلى الله عليه وآله) لها خلاف ظاهر أن أوامره تشريعات إلّا ما علم خروجه قطعاً.

بل قال فى الجواهر: إن ظاهر الأصـحاب هنا عدم اعتبار قيام العدول مقام الحاكم مع تعذره، إلّا أنه يمكن أن يقال إنهم ليسوا فى صدد التفصيل، بل الإشاره إلى عدم عمل نفسه مع التمكن من الحاكم، وطريق الاحتياط واضح.

ثم إنه إذا كـان الراهن غائبـاً، وكانت مراجعه الحاكم بحاجه إلى المال للسـفر إليه أو نحوه، فهل المال من الراهن أو من المرتهن أو منهما أو من بيت المال، احتمالات:

الأول: لأن القرض لمصلحته.

والثانى: لأنه يريد إنقاذ ماله.

والثالث: لأن المصلحه مشتركه.

والرابع: لأن بيت المال يعد لمصالح المسلمين.

والأـخير لاـ وجه له، وطريق الاحتيـاط التصالـح، وإن كـان الثـانى أقرب إلى الصـناعه، وقـد ذكرنـا مثل ذلك فى بعض المباحث الأخيره من الشرح، والله العالم.

ثم إنه يكفى فى إذن الراهن للمرتهن الأـذن الكلى، وكـذلك الإجـازه، فلا حاجه إلى الأذن الخاص، كما إذا قال له: أذنت لك أن تفعل الصلاح،

١- العوالى: ج١ ص٤٠٣ ح٥٩

أو أجزت ما فعلته من الصلاح، وذلك لأنه إذن وإجازه، فيشمله دليلهما.

أما إذا كانت الإجازه أو الأذن خصوصيه، لكن الارتكاز على خلافهما لا على نحو تخلف الداعى بل على نحو تخلف القصد، لم ينفعا، كما إذا جعل جوهر الراهن فى حق له وقال له: أجيز فى بيع هـذا الحق، وهو يقصد الحق نفسه لا بما فيه، لم يكن مفيداً فى كونه إذناً وإجازه، وكـذلك إذا أراه الجوهر وقـد كان عنـده جوهران للراهن رهناً، فقال: أجز لى فى بيعه، فزعمه الراهن الجوهر الأرخص، فأجازه قاصداً ذلك، لا على نحوه تخلف الداعى، لم يفد.

أمـا إذا أجـازه وبعـد البيع ادعى الراهن أنه لم يجزه ببيع هـذا، بـل قـال: زعمت حين الإجـازه أنه غيره، احتـاج إلى الإثبـات، لأنه خلاف أصل الصحه.

نعم، إذا قال الراهن: إنه لم يجز إطلاقاً، احتاج المرتهن إلى الإثبات لأنه مدع والراهن منكر، وسيأتى الكلام فى مسائل التنازع.

ثم إذا تمكن المرتهن من استيـذان الراهن وحـدد البيع قـدّر بقـدر إذنه، فإذا كان الرهن أكثر، مثلًا كان القرض مائه وكان الرهن يسوى مائتين، وقال له: بع من المائتين بقـدر مائتك كسـراً مشاعاً أو كلياً فى المعين، أو هذه الشاه لا تلك، أو نسـيئه، أو نقداً، أو سلفاً، أو لزيـد أو ما أشـبه، أو قال: كن مشترياً، أو مصالحاً، أو افعل الهبه المعوضه أو نحو ذلك، لزم اتباعه، إذا لم يكن فيه مؤنه زائـده، وإلا كان من امتناع الراهن حيث المرجع الحاكم، إذ الأصل عـدم تكلف زائد على المرتهن، فلا يلزم عليه تحمله، نعم إن أراد تحمله لم يكن به بأس.

وإن تـدافعا، فقـال كـل للآخر: أنت بع، كان التكليف متوجهاً إلى الراهن، لأنه المكلف بأداء الـدين، حتى إذا كان المرتهن ولياً للأطفال فرهن مالهم لا يلزم عليه مباشره البيع إلاّ فيما إذا لم

يباشر كان خلاف مصلحه المولى عليه.

وإذا خالف المرتهن فى الخصوصيات، كان فضولياً يحتاج إلى الإجازه، وإذا باع المرتهن بعض الرهن فيما كان أكثر من الدين، بقى بعضه الآخر فى يده أمانه حتى يوصله إلى المالك أو من بمنزلته كالوارث والحاكم.

وإذا كان بيع البعض ضرراً على الراهن، ولم يأذن الراهن فى بيع الكل، مثل مصراعى باب، حيث قيمتهما معاً مائه وأحدهما وحده عشرون، وكان الدين عشرين، فالظاهر أنه محل الرجوع إلى الحاكم، حيث يأذن ببيع الجميع، لعدم تضرر أحدهما، ولأنه جمع بين الحقين، كما أنه إذا كان ضرران متعارضان على الراهن، مما لابد من أحدهما، أجاز الحاكم أقلهما، مثلاً إذا باعه فى هذه المدينه كان بمائه، لكن يأخذ الظالم عشره ضريبه، وإذا باعه فى مدينه أخرى احتاج إلى أجره النقل، فأيهما كان أقل رجحه على غيره.

نعم، إذا دار الأمر بين الضرر المحتمل الكثير، والضرر المقطوع به القليل رجح الثانى، لأنه ديدن العقلاء، وللحاكم صلاحيته فى هذا الإطار، كما يستفاد من نص جعله حاكماً، حيث إنه ينصرف إلى العرفيه، كما إذا كانت قيمته فى السوق السوداء مائه، لكن إذا اطلع الظالم صادره، أما قيمته فى السوق الرسميه تسعون، فإن اللازم ترجيح الثانى، ويأتى مثل هذا الكلام أيضاً فى العمل بمال الصغير والمفلس ونحوهما.

وإذا حل الأجل، لكن كان البيع الآن موجباً للخساره، بخلاف ما إذا صبر المرتهن شهراً، حيث أيام الحج أو الزياره، وفى تلك الأيام البضاعه غير خاسره بل رابحه، فالظاهر لزوم مراعاه أقل الضررين، جمعاً بين الحقين، لتعارض

«لا ضـرر» هذا بلا ضـرر ذاك، وعدم الربح أو الربح الأقل ضـرر عرفاً أيضاً، مثلاً قيمه الرهن وقت الحلول مائه وبعد شـهر مائتان، فإنه إذا باعه الآن يقال عرفاً تضرر، وإن كان قد اشتراه بنفسه بتسعين مثلا.

نعم، إذا كـان الراهن أقـدم على ضـرر نفسه حين عقـد الرهن عالمـاً عامـداً، قـدم «لا ضـرر» المرتهن، كما فى كل مورد من هـذا القبيل، لأن الضرر توجه إليه من قبل نفسه ولم يمنعه الشارع، لا من قبل الشارع، كما حقق فى باب «لا ضرر» وألمعنا إليه آنفاً.

وهل يصح البيع بما هو ضرر على المرتهن لا الراهن، فيما إذا كان الراهن لم يأذن له بهذا البيع، وكذا إذا عمل خلاف أمر الراهن مما لا ضـرر فيه على الراهن، مثل أن يكون الدين مائه، وقيمه الرهن مائه، لكنه يبيعه بتسـعين متحملاً ضرر عشره، فيما إذا أذن له البيع بالمائه، أو يبيعه نسيئه وقد أذن له بالبيع نقداً فيما لا يرجع النسيئه إلى ضرر الراهن، وإنما يتحمل التأخير نفس المرتهن.

وإذا جاز ذلك فهل يجوز أن يبيع ما قيمته مائه نقداً أو إذن له الراهن ببيعه نقداً بمائه، بمائه وعشره نسيئه، ويكون الزائد لنفسه لا للراهن، لأنه تحمل التأخير بأن صار نقـده نسـيئه، وللمده قسط من الأجر، أو عمل خلاف أمر الراهن، كما إذا قال بعه وخذ ثمنه، فصالح عليه، أو وهبه هبه معوضه أو ما أشبه.

وأبعد منه ما إذا قال: بعه وخذ ثمنه، فأجره عشر سنوات بمائه، فهل يصح، وإذا صح فهل تكون العين بعد العشر له، أو للراهن.

ومن هـذا القبيـل مـا لو كان يطلب منه شاه وارتهن منه عنزاً، فقال له الراهن: بعه بشاه، وخـذها بـدل شاتك، فأخـذه لنفسه بـدون إيجاد البيع حتى لنفسه، إلى غير ذلك

من الصور الكثيره، الظاهر التفصيل، وهو إن كان ارتكاز الراهن بالأعم صح كل ذلك حتى فى كون الزياده (فى فرض مائه وعشره) والعين (فى فرض الإيجار) للمرتهن.

لكن يكونان حينئذ كالهبه، وإذا لم تكن على نحو هبه لازمه كان من حق الراهن استرجاعهما، وذلك لأنهما له، ومجرد إمكان أن يعمل المرتهن عملاً بالعين لا تكون له تلك الزياده، لا يوجب أن المالك يقصد ملكه.

وإن لم يكن ارتكاز الراهن بالأعم، يقع كل تلك المعاملات فضوليه، فإن أجازها الراهن فهو، وإلا بطلت وبقى الشىء رهناً يعمل به المرتهن حسب إجازه الراهن.

وإذا لم يعلم هل الارتكاز بالأعم أو لا، ولم يكن ظهور عرفى، كان كعدم الارتكاز.

ولو استفاد المرتهن ارتكاز الأعم، فقال الراهن لم أرده، كان المتبع كلامه، لأنه أعرف بنيته.

والظاهر أن الوكاله فى البيع وكاله فى الأعم من مباشره المرتهن، خصوصاً فيما لا شأن للمرتهن فى بيعه.

وإذا وكله فى البيع، حيث إن الوكاله فى البيع المتعارف، فباع غبناً أو بمعيب، كان فضولياً يحتاج إلى إجازه الراهن، وبعد الإجازه لأصل البيع كان له الخيار فى الفسخ أو الإمضاء، وكان له فى العيب حق أخذ الأرش كما لا يخفى، فليس إجازه أصل البيع ملازماً لإسقاط الخيار.

ولو أراد الراهن بيعه للوفاء فلم يأذن المرتهن، كان للحاكم إلزام المرتهن بالإذن، فإن امتنع تولى أمره الحاكم، كذا فى الجواهر، وقد تبع فى ذلك التذكره، حيث قال: وإنما يبيع الرهن الراهن أو وكيله بإذن المرتهن، فلو لم يأذن وأراد الراهن بيعه قال له الحاكم: ائذن فى بيعه وخذ حقك من ثمنه أو أبرئه، ولو قال

الراهن للمرتهن: بعه لنفسک لم یصح البیع، لأن غیر المالک لا یبیع لنفسه.

أقول: قد ذکرنا فی کتاب البیع صحه مثل ذلک، إذ لا دلیل علی لزوم دخول المعوّض فی کیس من یخرج من کیسه العوض شرعاً ولا عرفاً، ولذا قلنا بصحه أن یقول الإنسان للخباز: أعط الفقیر خبزاً، ویعطیه درهماً، فلا حاجه إلی تأویل إدخال الدرهم فی کیس الفقیر ثم إخراجه منه إلی الخباز، أو إدخال الخبز فی کیس المحسن ثم اخراجه منه إلی کیس الفقیر، أو جعل إعطاء الدرهم للخباز هبه فی قبال إعطاء الخباز للفقیر الخبز هبه، أو غیر ذلک.

وإذا أراد الراهن إعطاء الرهن هبهً لإنسان لیعطیه معادل الدین أو أکثر هبه، ثم یفی من ذلک دین الدائن، فهل للمرتهن المنع لأن ما ورد هو بیع الرهن وإعطاء دینه، الظاهر نعم، إذ أی فرق بین الأمرین بعد کون نتیجتهما واحده، وکذا إذ أراد الراهن إیجاره وإعطاء الأجره لأجل دینه أو ما أشبه ذلک.

وإذا قال له المرتهن: إنک ما دمت ترید البیع بعه لی، أو أعطه لی عوضاً عن الدین، لم یلزم علیه القبول، لأنه ماله یتصرف فیه کما یشاء بمقتضی «الناس مسلطون»((1)).

ولو فرط المرتهن فتلف، فإن کان قبل حلول الأجل لم یکن له حق فی مطالبه بدله وإن کان الدین بشرط الرهن، وإن کان بعد حلول الأجل، فإن کان قیمیاً وکان یطلب من الدائن القیمه تهاترا، وإلا کان کما إذا طلب أحدهما من الآخر شیئاً وطلب الآخر منه شیئاً آخر، وقد أشرنا إلی هذه المسأله فی السابق.

ولو قال الراهن للمرتهن: استوفه لنفسک، لم یحتج إلی إیجاد شیء جدید، بل کونه تحت یده وقصده أنه له کاف فی کونه ینتقل إلی ملکه، فلو لم یقصد

1- البحار:ج 2 ص272 ح7

لم ينفع، لأنه لا ناقل من الراهن إلى المرتهن، و«إنما الأعمال بالنيات».

ومنه يعلم أنه لا حاجه فى كونه تحت يده، فلو كان فى يد زيد ولو كان غاصباً، فقبل المرتهن أن يكون له كفى، وإن لم يكن له أثر بأن لم يقدر على إنقاذه من الغاصب، ولم يكن عبداً حتى يصح عتقه، إذ الملك أمر عرفى قرره الشارع، والعرف يرى الانتقال إلى المرتهن بذلك.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره التذكره والدروس.

قال فى الجواهر: فإن قال: استوفه لنفسك صح، كما فى التذكره، وعلى الأقوى فى الدروس، وفيهما معاً أنه يحدث فعلًا جديداً من كيل أو وزن أو نقل لدلاله اللفظ عليه. نعم احتمل فى ثانيهما الاكتفاء بدوام اليد، كقبض الرهن أو الهبه من المودع والغاصب والمستعير، ولا ريب فى قوته، لأن استدامه القبض كالقبض الجديد. وكذا الكلام لو قال: أقبضه لى ثم لنفسك، أو أمسكه لنفسك، ودعوى ظهور قوله: ثم استوف لنفسك، فى إحداث فعل على وجه لا يشمل تجدد اليد واضحه المنع، انتهى.

ولوقال: استوف لنفسك، وكان بيضاً فصار قبل القصد دجاجاً، أو خمراً محترمه فصارت خلًا، أو مخللًا فصار خمراً محترمه، فإن شمل ذلك كلامه المذكور ولو ارتكازاً صح الاستيفاء بعد ذلك، وإلا فلا، لأنه صار شيئاً آخر.

ولو قال: استوفه لنفسك، وكان حيواناً غير حامل فحملت، لم يدخل الحمل، لأنه شىء جديد للراهن لم يدخل فى كلامه، ومنه ما إذا كان شجراً فأثمر.

ولو قال: استوفه، وهو عاقل ثم جن، فإن لم يستوف قبل جنونه لم يصح الاستيفاء إلّا بإجازه وليه.

ولو كان المرتهن عاقلاً ثم جن قبل استيفائه واستوفاه وليه صح إن كان يشمله ولو ارتكازاً عاماً، وإلا احتاج إلى إذن جديد.

ولو قال: استوفه، حين كان يساوى مائه فلم يفعل حتى تنزل مما لو رده حين الأمر لكان الراهن لم يتضرر لأنه كان يبيعه، فهل يحتمل المرتهن الضرر، لأنه سبب عرفاً، فهو من قبيل تفريط الوكيل، أو الراهن لأنه ما باعه، احتمالان، ولا يخلو أولهما من وجه.

أما إذا قرض المال فلا شك فى أن الزياده للراهن، حيث إنه بعد ماله.

وإذا كان الرهن فى السوق السوداء يختلف قيمه عن السوق البيضاء، فهل الحق أن يبيعه المرتهن فى تلك أو هذه، الظاهر أن الدوله إذا كانت اسلاميه عادله لم يحق بيعه فى السوداء، لأنه خلاف أمر الدوله العادله، فيشمله الراد عليهم كالراد على الله.

أما إذا لم تكن الدوله إسلاميه عادله، كان اللازم البيع فى السوداء، لأنه لا حق له إلّا البيع بالقيمه العادله، وهى قيمه السوداء.

فإذا باع فى الأول فى السوداء فعل حراماً، إلّا أن المال يصبح ملكاً للراهن يأخذ دينه منه، ويردّ الباقى عليه إن كان له باق.

أما حرمه الفعل فقد عرفت وجهه، وأما كون المال له فلأنه باع باختيار الطرفين بدون أى محذور فى الأمر، اللهم إلّا أن يقال: السوداء حقيقه سرقه من المجتمع، فيكون الزائد مجهول المالك يلزم أن يعطى رد المظالم، فتأمل.

وإذا باع فى الثانى فى البيضاء كانت الخساره على المرتهن، لأنه سبب ضرر الراهن، لا إذا كانت القيمه عشرين فباعه جهلاً عشره.

ومنه يعلم الكلام فى مسأله قيمه الدين فيما كانت جنساً أو نقداً لبلد آخر، حيث النقد لبلد آخر تكون له السوقان السوداء والبيضاء، حاله حال البضاعه

كما يظهر منه أيضاً حال ما إذا كان بلد الدين غير بلد الرهن، مثلاً أعطاه ألف دينار فى العراق ديناً، وكانت للمدين دار فى إيران أعطاها رهناً للدائن، فقد يردّ الدين الألف فى العراق، وهذا مما لا إشكال فيه، وقد يريد رد دينه فى إيران، فإن كانت إيران دوله إسلاميه صحيحه، يجب الرد مع ملاحظه النسبه بين البلدين تضخماً وتنزلاً، فقد يرده أقل من ألف إذا كان فى العراق التضخم، وقد يرده أكثر فى إيران إذا كان فى إيران التضخم، وقد يوكله فى بيع داره واستيفاء دينه منها، فيكون حال النقد (ثمن الدار) حال إعطاء المديون دين المرتهن فى إيران.

ومما تقدم تعرف مسأله إدخال نقد أو بضاعه من بلد إلى آخر لأجل أداء الدين فى باب الرهن وغيره، فى ما كان البلدان مختلفين تضخماً وتنزلاً سواء كان الإدخال بإرساله عيناً أو بالحواله، وسواء كان النقد من أحد البلدين أو من بلد ثالث، وقد ذكرنا بعض التفاصيل حول هذه الأمور فى الكتب الاقتصاديه وغيرها بالمناسبه.

مسأله ۳۳ الرهن لازم من جهه الراهن

(مسأله ۳۳): قال فی الشرائع: الرهن لازم من جهه الراهن، وأضاف علیه الجواهر: جائز من جهه المرتهن، بلا خلاف أجده فیه بل فی التذکره والمحکی فی غیرها الإجماع علیه.

أقول: أما کونه لازماً من جهه الراهن، فلأنه مقتضی الإجماع المقطوع به، وآیه(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)((۱)) تصدیق من الشارع للرهن المتعارف، والعرف یری لزومه، إذ الحکمه فیه الاستیثاق، فلو لم یکن لازماً من جهته کان نقض الغرض، وأما کونه جائزاً من جهه المرتهن، فیدل علیه بالإضافه إلی الإجماع أن الحق له، فلا معنی للزومه، ولذا قال الجواهر: إن الأمر بالوفاء بالعقد لا یجری فی المرتهن قطعاً بعد أن کان الحق له، فهو مسلط علی إسقاطه کغیره من الحقوق.

لا یقال: فلما ذا لا یقدر المفلس علی إسقاطه.

لأنه یقال: لأنه حق مالی، والمفلس محجور فی کل تصرفاته المالیه، ولذا لا یتمکن من إبراء ذمه مدیونیه، وغیر ذلک.

وهل یصح اشتراط الخیار للراهن، الظاهر نعم، لأن إطلاق الأدله یشمله بعد أن لم یکن محذور، واحتمال کون المحذور أنه خلاف مقتضی العقد، حیث إن مقتضاه الاستیثاق وحبس الرهن فی مقابل الدین، والخیار مناف لذلک مردود، بأن ذلک مقتضی إطلاقه لا مقتضی أصله، وکما لا مانع من الدین بدون الرهن کذلک لا مانع من الدین برهن متزلزل، فحاله حال الرهن فضوله، حیث إنه متزلزل بإجازه المالک، فهل یقال: إنه لیس برهن، لأنه لا استیثاق فیه،

۱- سوره المائده: الآیه ۱

ولعل لما ذكرناه كان المحكى عن التذكره الإشكال فى شرط الخيار، لا أنه أفتى بالمنع، وإن أفتى بالمنع جماعه.

وكذا يكون الخيار فى الرهن إن ظهر عيب أو غبن أو ما أشبه.

وبهذا ظهر وجه تضعيف الجواهر إشكال التذكره.

نعم، يظهر من التذكره عدم صحه جمله من الشروط فى الرهن، مع أن عدم الصحه محل نظر، قال: وأما الشرط الفاسد، فهو ما ينافى مقتضى عقد الرهن، مثل أن يشترط أن لا يسلمه إليه على إشكال، أو لا يبيعه عند محل الحق، أو لا يبيعه إلّا بما يرضى الراهن، أو بما يرضى به رجل آخر، أو تكون المنافع للمرتهن، أو لا يستوفى الدين من ثمنه، فإنها شروط نافت مقتضى العقد ففسدت، وكذا فى شرط الخيار للراهن على إشكال، أو أن لا يكون العقد لازماً فى صفه، أو بوقت الرهن، أو أن يكون الرهن يوماً، ويوماً لا يكون رهناً.

أقول: قد تقدم أن الوثيقه لا تحتاج إلى التسليم، مثلاً يجعل داره أو رصيده فى البنك رهناً عند الدوله، بحيث يحق للمرتهن بيع الدار أو إيجارها مثلاً، أو سحب الرصيد، أو أخذ فوائده المضاربيه عند الاستحقاق، وعدم البيع عند محل الحق، بل بعده بسنه مثلاً، أو إيجاره، أو الجلوس فيه بنفس المرتهن، أو ذويه، أو من يريد من الفقراء أو ما أشبه، كجعله مسجداً مده خمسين سنه بناء على صحته، كما فى العروه، لا ينافى الاستيثاق، فإن أعطاه دينه فهو، وإلّا فعل بالرهن أمثال ذلك.

وكذلك أى محذور فى جعل رضى الراهن أو ثالث معياراً للبيع بعد عقلهما وتدينهما مما يوجب ملاحظه حقى الراهن والمرتهن.

أما مسأله كون المنافع كلاً أو بعضاً للمرتهن، فلا بأس به إذا لم يستلزم

الربا، كما هو كذلك فيما إذا أقرضه منحه، فرهن عنده بعيراً ينتفع أحدهما من در المنحه، والآخر من ركوب البعير، وهما متساويان فرضاً.

وقد تقدم موثقه إسحاق بن عمار، عن أبى إبراهيم (عليه السلام)، حيث أجاز انتفاع المرتهن بمنافع الرهن، مثل الشرب والانتفاع بالمتاع واستخدام الخادم وزرع الأرض المرهونات([1]).

وعدم وفاء الدين من ثمنه، إن أريد بنفسه أى مع وجود نوع آخر من الاستيفاء، كوفاء الدين من إيجاره أو الانتفاع بمنافعه أو ما أشبه، فلا محذور، وإن أريد به ما ينافى الوثيقه والرهن عند العقلاء، فلا بأس بجعله من الشروط الفاسده.

وعدم لزوم العقد فى صفه كذا أيضاً لا محذور فيه، كما إذا استقرض الولد وكان له أب قائم برد أموال الناس، فيقول المرتهن: إن جاء أبوك فلك الخيار، وإلا فالرهن لازم، لأن المرتهن واثق بعدم تلف ماله مع وجود الأب، فإن مثل ذلك شرط عقلائى غير مناف للوثاقه فى الرهن.

ومنه يعلم حال توقيت الرهن، إما أن يكون الرهن يوماً لا يوم، فهو فى نفسه عقلائى، مثل المهاياه فى العبد، أو السجن الأقساطى، كما يتعارف فى بعض الدول، وذكرناه فى كتاب القضاء وغيره، إلّا أنه لا يعلم شمول الإطلاقات له، لقوه احتمال الانصراف عن مثله، فتأمل.

ثم من الشروط الفاسده، أن يشترط الحرام، أو ما لم يقرره الشرع، مثل اشتراط الزنا بها، كما يتعارف عند الفساق، حيث ترتهن الفاجره داره لسكناها،

١- وسائل الشيعه: ج١٣ ص ١٣٠ الباب٨ ح١، التهذيب: ج٢ ص ١٦٠ و٦٤

ومثل اشتراط النتيجه فيما له عند الشرع سبب خاص، مثل أن تكون بنت أحدهما زوجه الآخر، أو زوجته مطلقه بدون طلاق، أو ما أشبه ذلك.

ولو شرط أنه إذا لم يؤد الدين كان للمرتهن نفس الرهن، لا أن يبيعه ويأخذ ثمنه، لعلاقته مثلًا ببقاء دار أبيه، حيث إن المرتهن ولده فتبقى الدار فى عائلتهم، صح لإطلاق «المؤمنون» بعد عدم منافاته للكتاب ولمقتضى العقد.

ولو شرط أنه إذا أراد المرتهن البيع باعه من نفسه صح، ولو شرط أن يبيعه من الراهن لم يصح، لأن الشىء لا يباع من مالكه، وكذلك يصح إذا شرط البيع من شخص خاص، أو جعله مسجداً أو مدرسه.

لا يقال: فلم يصل بدل الدين إلى المرتهن؟

لأنه يقال: لا يلزم أن يكون البدل عيناً، بل ما يؤدى غرضاً، فهو كإعطائه مالاً لزيد مقابل أن يجعل داره مسجداً.

ولو شرط أنه إذا لم يقدر على أداء دينه، كان الرهن فى مقابل الدين، سواء كان مساوياً قيمه، أو أكثر أو أقل صح، فإنه من قبيل بيع داره بكذا، سواء كان أقل من قيمتها السوقيه أو مساوياً أو أكثر، ويرجع فى غير المساوى إلى إسقاط هذا الفضل، أو إسقاط ذاك بما لم يدخل تحت الشرط.

أما إذا رجع إلى الربا، بأن يكون الراهن أخذ أقل وأعطى أكثر فلا، فإنه من قبيل أن يكون أحد شقى الشرط حراماً، والفارق بين الأمور المذكوره كيفيه القصد، ولا ينافى هذا الشرط مع ما دل على تراد الفضل.

مثل ما رواه البحار ــ كما فى المستدرك ــ عن موسى بن إسماعيل بن موسى بن جعفر، عن آبائه (عليهم السلام)، قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «الرهن بما فيه

إن كان فی يد المرتهن أكثر مما أعطی، رد علی صاحب الرهن الفضل، وإن كان فی يد المرتهن أقل مما أعطی الراهن، رد عليه الفضل، وإن كان الرهن يمثل قيمته فهو بما فيه»((١)).

إذ الروايه فی الحكم الأولی، والكلام فی الشرط.

ولو شرط لزوم الرهن من جهه المرتهن، حيث إن الراهن يريد حفظ ماله وهو لا يقدر، ولا حاكم شرع مبسوط اليد يتمكن من الحفظ إذا رده المرتهن فلم يقبضه الراهن فيريد الراهن التزام المرتهن بذلك صح، لإطلاق دليل الشرط.

ولو شرط علی المرتهن أن عليه ضمانه وإن تلف بغير تفريط صح للإطلاق، إلی غير ذلك من وجوه الشرط.

ولو شرط الرهن فی بيع أو إجاره أو نحوهما، فرهن ثم ظهر فساد تلك المعامله، فالظاهر أن الرهن إن وقع حسب الوفاء بالشرط كان من قبل الراهن جائزاً، كما جزم به القواعد، وتبعه الجواهر لقاعده نفی الضرر علی التقريب الذی استدل به فی خيار الغبن، لأن الشرط فی البيع كجزء من الثمن أو المثمن، فإن للشرط حصته من أحدهما عند العقلاء، ولم يردعه الشارع، بل إطلاقات الأدله تشمله، ولا شك أن جزء الثمن أو المثمن يرجعان إلی مالكهما بظهور البطلان، وإنما لا نقول هنا بالبطلان للرهن لأنه عقد محكوم بالصحه، فمنتهی الأمر حق الخيار للراهن، جمعاً بين الأمرين.

ومنه يعلم حال ما إذا صحت تلك المعامله، وإنما حصل الفسخ بالإقاله

١- مستدرك الوسائل: ج٢ ص٤٩٥ الباب١٧ ح٤

أو بخيار عيب ونحوه، فإنه إذا كان الشرط مجرد العقد الصحيح لم يكن حق للراهن فى الفسخ.

أما إذا كان العقد الباقى حق له على تأمل، والمسأله سياله فى اشتراط بيع أو إجاره أو غيرهما فى عقد قد ظهر فساده، أو حصل فسخه، أو إقالته بعد وقوع ذلك العقد المشروط.

أما إن وقع الرهن لا حسب الوفاء بالشرط، بل كان داعيه ذلك لم يبطل الرهن، ولا خيار للراهن كما نبه عليه الجواهر، لأن تخلف الداعى لا يوجب الخيار، كما إذا اشترى طعاماً للضيوف ثم ظهر ذهابهم، أو أبرأت الزوجه زوجها من الصداق بداعى أن لا يطلقها أو لا يتخذ زوجه عليها أو ما أشبه ذلك، فطلق أو تزوج، إلى غير ذلك من الأمثله، حيث لا يوجب التخلف بطلان البيع فى الأول ولا رجوع مهرها فى الثانى، لإطلاق أدله البيع والإبراء الذى لا يقيده شىء.

ومما تقدم يظهر وجه الضعف فى إطلاق قول القواعد، كما عن بعض نسخه: ولو شرط عليه رهن فى بيع فاسد فظن اللزوم فرهن فلا رجوع، وإن أيده الجواهر بقوله: لا يخلو من قوه، إذ اللازم التفصيل المذكور بين الرهن بداعى تلك المعامله أو حسب الشرط فى تلك المعامله.

ولو اختلفا، فقال الراهن: رهنت حسب الشرط، وقال المرتهن: بل حسب الداعى، قدم قول الراهن، لأنه الظاهر من العمل بالشرط بعد اشتراطه، وهو أعرف بنيته، فلا يقال: أصاله اللزوم تقتضى لزوم الرهن.

مسأله ۳۴ أقسام الرهن

(مسأله ۳۴): ليس للراهن انتزاع الرهن من المرتهن بدون رضاه، إلّا مع سقوط الارتهان ببراءه ذمه الراهن من الدين الذی قد رهن به الراهن، سواء كانت البراءه بسبب إعطاء الراهن دينه إلى المرتهن، أو إعطاء متبرع لدينه، أو ضمان أو حواله أو إقاله لثمن المرهون به أو إبراء من المرتهن أو تصريح المرتهن بإسقاط حقه من الارتهان، كما ذكر جمله منها الفاضلان وشراحهم.

بل فی الجواهر بعد ذكر جميع ذلک: بلا خلاف فی شیء من ذلک ولا إشكال، وذلک لوضوح أن الدين إذا انتهی انتهی الرهن التابع له.

فلو قال: أعطيک دينک بشرط أن يبقی عندک رهناً، لمصلحه له فی ذلک لم يصح، إذ لا موضوع للرهن، ومثل ذلک فی سقوط الرهن إذا ارتد المرتهن وكان الراهن وارثاً له، حيث نال من إرثه نفس دينه، فإنه حيث يرثه يسقط الدين فيسقط الرهن، أو كان ذمياً فصار حربياً، إذ الكافر الحربی لا احترام لماله، فللراهن استملاک ما فی ذمته، أما بدون الاستملاک فلا، إذ قد ذكرنا فی بعض مباحث (الفقه) أن الكافر الحربی يبقی ماله مالاً له إلی أن يستملک، لا أنه بمجرد صيرورته حربياً يسقط أملاكه من كونها مالاً له.

وكذا يسقط الرهن إذا حصل تهاتر قهری، كما أشير إلی ذلک فی بعض المسائل السابقه، إلی غير ذلک مما يتصور فيه الإبراء المسقط للرهن.

ثم لو برأت ذمه الراهن عن بعض الحق، فهل يبقی الجميع رهناً، الظاهر أنه علی أقسام:

أن يكون الرهن فی قبال المجموع، أو فی قبال كل جزء جزء، أو كون أجزاء الرهن فی قبال الأجزاء للدين، أو فی قبال جزء خاص مردد كالكلی فی المعين، أو جعل الرهن مختلفاً فی الانفكاک، فجعل عقد بكل هذه الصور

فإنه جائز، لشمول الأدله لها بعد كون كلها رهناً عقلائياً، مثل الأقسام الموجوده فی البیع والإجاره وغیرهما.

فالأول: وهو ما کان فی قبال المجموع، إذا أعطی الراهن شیئاً من الدین بطل لفوات المجموع بفوات الجزء.

والثانی: وهو ما کان فی قبال کل جزء جزء، لم ینفک شیء من الرهن إلّا بعد انفکاک آخر الأجزاء، حیث إن الرهن قد قید إزاء کل جزء جزء من الدین.

والثالث: وهو ما کان کل جزء من الرهن فی قبال جزء من الدین، یفک کل جزء من الرهن فی قبال سقوط کل جزء من الدین.

ثم إنه قد یجعل الفک من الرهن کالکلی فی المعین، وقد یجعل کالجزء المشاع، مثلاً یستقرض الراهن عشره دنانیر فی قبال رهن مائه رطل من الحنطه، فقد یقرران أنه إذا أعطی دیناراً فک عشره أمنان کلیاً فی المائه، وقد یقرّران أنه إذا أعطی الدینار فک جزء من عشره أجزاء من المائه، وتظهر النتیجه فی مثل أنه إذا فک الکلی فی المعین حق للراهن بیع ذلک الکلی، لا المشاع، إذ مشاعه مرهون، کما أنه إذا فک الجزء المشاع صح بیعه لا الکلی فی المعین، إذ لا کلی له کذلک، وکذلک الحال فیما إذا أراد المرتهن بیع التسعه الأخر علی نحو الکلی، أو علی نحو المشاع، وکذلک فی الإجاره ورهن الراهن جزءه المفکوک، وغیر ذلک.

ولو اختلفا فی أنه کان الرهن علی أیهما فی هذا الثالث، فالمرجع التحالف، إذ لا أصل.

والرابع: وهو ما كان فى قبال جزء خاص مردد كالكلى فى المعين، فإنه ما دام ذلک الکلى باقياً فى ذمه المديون يكون الرهن باقياً، فإذا زال الكلى يزول الرهن، وإن بقى بعض الدين، كما إذا اقترض صبره ذات أصوع وأعطاه كتابه رهناً بنحو أن الكتاب رهن ما دام بقدر الصاع باق ديناً، فإذا بقى أقل من الصاع انفک الرهن.

الخامس: وهو أن يجعل الرهن مردداً فى الانفكاک، كأن يجعله رهناً بنحو أنه إذا أعطى شيئاً من عين القرض، مثلاً إن كان عين القرض شياه، انفک من الرهن، كدار مثلاً بقدر قيمته أو بالنسبه، وإن أعطى من غيره لا ينفک إلاّ بإعطاء المرتهن كلا.

ثم إذا كان الشرط انفكاک بعض الرهن فى قبال إعطاء شىء من القرض، قد يقول ينفک من الرهن على نحو الكلى فى المعين، وقد يقول على نحو المشاع، وقد تقدم الفرق بينهما.

وهناک صور أخرى غير الخمسه التى ذكرناها، تعرف مما تقدم.

ثم إنه إذا أطلق الرهن ولم يكن ارتكاز ولا شرط، فهل الظاهر رهن الكل حتى الأداء إلى آخر جزء من القرض، أو أن الظاهر انفكاک كل جزء بقدر أو نسبه أداء أو إبراء جزء من القرض، بعد وضوح أنه ليس الظاهر الرهن فى قبال أى جزء حتى إذا أدى جزءاً من القرض انفک الرهن، احتمالان، لا يبعد الثانى، إذ الرهن استيثاق لأجل عدم تلف الدين عند المدين، والاستيثاق حاصل بقدر الدين لا بالأكثر، ولاينافى ذلک أخذ رهن أقل أحياناً، لأنه من باب مسامحه المرتهن، كأخذ أكثر أحياناً من باب مسامحه الراهن.

ومنه يظهر وجه النظر فى ما حكى عن صريح جماعه من بقاء الجميع

ص:٢٢٧

رهنـاً، وإن برأت ذمته من بعض الحق، بـل من الشـيخ الإجماع عليه، لما علله فى الجواهر من ظهور الارتهان فى الاستيثاق لجميع أجزاء الـدين، وكون الغرض استيفاءه بتمامه منه أجمع، كما يشـعر به ما فى النصوص من نفى البأس من الاستيثاق للمال الصادق على الكل والبعض، جواباً للسؤال عن أخذ الرهن.

وفى ما حكاه المسالك عن القواعـد من أنه اختار فيها كونه رهناً على مجموع الـدين الـذى ينتفى صـدقه ببراءه الذمه من بعضـه وإن قل، فيبقى الباقى من غير رهن، لكن أن يكون كلام القواعد مفهماً لما ذكره محل تأمل.

وكيف كان، ففى كلا الوجهين مناقشه، ولا نسـلم إشـعار النص المـذكور على ما ذكره الجواهر، ولذا كان المحكى عن الفاضـل وولـده فى بعض كتبهما ما ذكرنا أنه وفق القاعـده من التوزيع والتقسـيط، بـدليل أن الرهانه كالمعاوضه فى اقتضاء مقابله الأجزاء بالأجزاء، لا الجمله بالأبعاض، فإن برأ من بعض الدين انفک بحسابه نصفاً أو ثلثاً أو غيرهما من الأجزاء المشاعه.

ولا يرد عليه إشـكال الجواهر بأنه يقتضى عدم كون الباقى رهناً على الجميع فيما لو تلف بعضه، وهو باطل نصاً وإجماعاً بقسميه، وهو يقتضـى مقـابله الرهن جمله بكـل جزء، لا ـ على حسب مقـابله المعاوضات التى لا شـبه بينها وبين الرهن، ودعوى أن العرف فارق بين التلف وغيره فى التقسيط المزبور غير مسموعه، ضروره اقتضاء العرف ما قلناه، انتهى.

إذ لا وجه لعدم سـماع الدعوى المذكوره بعد عدم إشـكال العرف فى الفرق، فهو مثل الغبن والنقص بالعيب، حيث لا شبهه عند العرف بأن العوضين أجزاء أحدهما فى قبال أجزاء الآخر.

ومع ذلک إذا فقد جزء بالغبن أو العيب لا يرى بطلاناً إلاّ بالنسبه إلى ذلک

الجزء، منتهى الأمر أن یکون حال المقام فی الرهن حاله فی العوضین لا یبطل الرهن بقدر البراءه من الدین، وإنما للراهن الخیار بین أخذ مقدار البراءه وبین ترکه بحاله، کما یساعد على ذلک العرف.

ولا یقال: إنه إن کانت الأجزاء فی قبال الأجزاء فلم لا یقال بالبطلان.

لأنه یقال: هو کما فی العوضین، العرف یعتبر المجموع فی قبال المجموع، مع حق أخذ التفاوت کما فی العیب فی قبال اعتبار الوحده قبال الوحده، أو مع عدم حق أخذ التفاوت کما فی الغبن.

وفی قبال اعتبار الأجزاء، کما لو باعه الصبره کل صاع بدرهم زاعماً أنها عشره أصوع فبانت تسعه، فإن الاعتبار حیث کان خفیف المؤنه یتمکن العرف من هذه الأنحاء من الاعتبار، والشارع أطلق الرهن بدون زیاده ونقیصه، فاللازم أن یکون ممضیاً لما لدى العرف.

کما لا یرد على الرهن بحیث یکون کل الرهن فی قبال المجموع من حیث المجموع، بحیث إنه لو أدى جزءاً من الدین ینفک کل الرهن، إشکال الجواهر بأنه یتأکد التوقف فی شرط الانفکاک للکل بأداء جزء من الدین باعتبار اقتضائه عدم الوثوق بالرهن المفروض انفکاکه بدفع جزء یسیر من الدین.

إذ یرد علیه أن الرهن کان بهذا القدر، ولا دلیل على لزوم التوثق إطلاقاً، حیث لم یریدا إلّا توثقاً بقدر، ولا یخفى أن فی عبارته نوع تدافع، کما لا یخفى لمن راجعها، ولعله من خطأ النسخه.

وکیف کان، فعلى ما ذکرناه من عرفیه کون الأجزاء فی قبال الأجزاء، لا یراد بالأجزاء فی الدین أو الرهن الأجزاء الخارجیه فقط، بل تشمل الاعتباریه

أيضاً، كما فى مصراعى الباب والحذاء، حيث للاجتماع مدخل فى القيمه، فإذا كان كل فرد يسوى درهماً، وكلاهما معاً يسوى عشره، فجعلهما رهناً فى قبال دين عشره، لم ينفك فرد منهما فى قبال براءه درهم، وتظهره الثمره فيما لو فرض إيجار المرتهن الباب بدرهم، وقد كان له الإيجار بالشرط الصحيح، فإنه بعد إعطاء الراهن درهماً يكون له حق عشر درهم الإيجار.

وكذا إذا تصالحا على مهاياه الانتفاع بالباب، تسعه أيام للمرتهن، ويوماً للراهن، إلى غير ذلك، فالرهن فى ذلك حاله حال البيع والإرث، كما إذا ورث المصراعين ولد وبنت وزوجه، وفرض أن قيمه المجموع أربعه وعشرين، وقيمه كل واحد واحد مثلاً، فللزوجه ثلاثه أيام مهاياةً، وللولد أربعه عشر، وللبنت سبعه، إذا فرض تقسيم الانتفاع كل أربعه وعشرين يوماً مره، وكذلك كان لهم من الأجره بهذه النسبه.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم فى كون أجزاء الرهن فى قبال أجزاء الدين أن أحد الوارث للراهن لو أعطى نصيبه من الدين انفك بقدره من الرهن إذا شاء الانفكاك، وإن أشكل فيه فى القواعد قائلاً: ولو دفع أحد الوارثين نصفاً من الدين لم ينفك نصيبه على إشكال.

وقال الشهيد فى الحواشى: كلامه هذا مبنى على ما تقدم، وهو أنه رهن على الدين، أو على كل جزء منه، ورجح فى مفتاح الكرامه عدم الانفكاك، لأن الرهن فى الابتداء صدر من واحد، ومقتضاه حبس كل المرهون إلى أداء كل الدين، وقد عرفت ما فيه.

ثم إنه إذا كانت المرهونه أرضاً ومات الراهن، فإن استرجع الورثه الأرض وأعطى الدين لم ترث الزوجه من الأرض، أما إذا لم يعطوا الدين

وأخـذها المرتهن، فلا يرد نقص على الزوجه فى التركه، بـأن يقال: إذا أعطوا من التركه دين الميت لم ترث الزوجه بقـدر ذلك من التركه، مثلاً كانت الأرض مرهونه بثمانيه، وكان كل التركه ثمانيه، فإذا أعطوا الثمانيه، وأخذوا الأرض لم ترث الزوجه شيئاً.

أما إذا لم يعطوها وذهبت الأرض فى الدين ورثت الزوجه واحداً، وذلك لأن الحكم تابع للموضوع، وقد ذكرنا مثل هذه المسأله فى كتاب الإرث، فيما إذا اشترى المورث أرضاً بخيار، أو باع أرضاً بخيار، والله سبحانه العالم.

ثم إنه إذا أخـذ الرهن فى سـقوطه القيمه أو فى التلـف، كمـا إذا كـان نقـداً فتبـدل الحكم إلى الجمهوريه، ممـا يؤيـد النقـد إلى السقوط، أو كان حيواناً فأخذه المرض، أو صار معرضاً له مما يخشى منه هلاكه، حق للمرتهن مراجعه الراهن فى التبديل، فان لم يمكن أو لم يقبل راجع الحاكم، فإن لم يكن أو لم يمكن الرجوع إليه بدل بنفسه، أو بعد رجوع عدول المؤمنين على الاختلاف المتقدم، فإن كان المالك حق له الاستبدال بأى شىء أراد إن رضى المرتهن ولو بأن يبدل النقد بالفحم، لأن الحق لا يعدوهما، وإن تعاسرا قدم الذى يريد الأقرب إلى العين المرهونه.

مثلاً أراد أحدهما تبديله بالنقد الجمهورى، والآخر بالسكر، فإن النقد أقرب إلى النقد من غيره، فالارتكاز فى الرهن محكم، كما ذكروا شبه هذه المسأله فى تبديل الوقف والوصيه ونحوهما.

أما إذا كان كل منهما يريـد شـيئاً قريباً إلى الأصل، أو بعيـداً عنه، كما إذا أراد أحدهما تبديل الملكى بنوع ثقيل من الجمهورى، والآخر بنوع خفيف

منه، أو أراد أحدهما تبديل النقد بالشاه والآخر بالعنز، فالظاهر تقديم رأى الراهن إذا لم يكن ضرراً أو خوفه أو صعوبه على المرتهن، إذ الملك للراهن.

أما إذا أوجب أحدهما عليه، كما إذا أراد أن يبدله بشىء يخشى أن لا يكون له مشتر عند حلول الأجل، أو أراد أن يبدل النقد بالشاه، حيث يعسر على المرتهن حفظه، فلا حق للراهن فى ذلك، إذ كون الرهن حقاً للمرتهن يقف أمام سلطه الراهن فى التصرف فيه كيف شاء، فاللازم الجمع بين الحقين، هذا إذا أراد الراهن تبديل الرهن بعينه بشىء آخر.

أما إذا أراد الراهن جعل شىء آخر مكان الرهن، كأن يأخذ الشاه المرهونه ويعطى بدلها شاه أخرى له غير مرضيه، لم يبعد أن يكون له حق ذلك، إذ لا خصوصيه لبيع تلك الشاه مثلاً بشاه أخرى، هذا كله إذا كان طرف المرتهن الراهن بنفسه.

أما إذا كان الحاكم أو العدول، أو نفس المرتهن حيث لا يمكن أحدهما، فاللازم أن يبدل بما فيه جمع بين الحقين، وإذا لم يمكن الجمع قدم نظر الحاكم أو العدل إن كان، وإلا فالقرعه، لأنها لكل أمر مشكل، بعد أن لم يكن مجال آخر، هذا فيما إذا كان خوف السقوط أو التلف.

أما إذا كان خوف التنزل، فإذا كان التنزل غير مهم عرفاً فلا شىء، أما إذا كان مهماً مما لا يتحمله الناس حيث يعد ضرراً، فإن كان لا بأس به عند الراهن ولا يضر المرتهن فلا شىء، وإن كان لا بأس به عند الراهن لكنه يضر المرتهن، كما إذا أقرض مائه والوثيقه مائه، والآن تتنزل إلى خمسين، حيث إنه إن عصى الراهن أو نحوه لم تكن الوثيقه تكفى دينه، حق له مراجعه المالك فى تبديلها، فإن أبى راجع الحاكم، فإن لم يمكن حق له التبديل بمراجعه العدل، أو بدونه

لدليل «لا ضرر»، ولأن الرهن جعل وثيقه، فاللازم بقاؤه بما يكفى القرض.

ومنه يعلم حال ما إذا أراد الراهن التبديل ولم يرده المرتهن، وحيث كان الدليل «لا ضرر» ومقتضى كونه وثيقه، فإذا كان خوف التنزل كان كذلك.

وإذا شرط المرتهن أنه إذا تنزل أو تلف كان على الراهن التدارك، ضِمن عقد الرهن، صح الشرط لإطلاق دليله، فإن أبى الوفاء راجع الحاكم أو العدل إن قلنا به لجعل شيء آخر رهناً، فإن لم يمكن حق له أن يأخذ متاعاً آخر منه بعنوان الرهن، والظاهر أنه بذلك يكون رهناً له أحكامه لتحققه عقلائياً بمثل ذلك، وإن لم يتحقق البيع والطلاق والنكاح بمثل ذلك إذا جعل شرطاً ولم يف به المشروط عليه.

وإذا حصل التنزل وجعلا له بدلاً، ثم رجع السعر لم يرجع الشيء السابق رهناً، لأصل العدم بعد عدم الدليل، وفيما يجعل الحاكم بدلاً للرهن فى مورد الشرط أو يأخذ هو حيث لا ـ حاكم، الظاهر لزوم المماثله مهما أمكن، فإن كانت الشاه رهناً وعطبت أخذ الشاه بدلها رهناً.

وهنا فروع كثيره نتركها خوف التطويل.

ثم لو قال الراهن: إن المرتهن خان فى الرهن أو يريد الخيانه حقق، فإن ثبت صدقه حال بينه وبين الخيانه بكفيل أو ما أشبه، وإلا فعلى المدعى البينه، فإن لم تكن حلف المرتهن، وإلا حكم عليه بمجرد النكول أو بحلف الراهن.

وإذا أخذ الراهن الرهن من المرتهن اغتصاباً راجع الحاكم فى استرجاعه، فإن لم يمكن أو لم يكن حاكم حق له ـ إن لم يتمكن من استرجاعه ـ أخذ شيء آخر منه، ولو بالقوه رهناً من باب التقاص، وقد تقدم أنه كلما كان أقرب إلى الرهن كان أولى.

مسأله ۳۵ إعلام الراهن بإبرائه

(مسأله ۳۵): قال فی الشرائع: وبعد ذلک (الفک للرهن) یبقی الرهن أمانه فی ید المرتهن، ولا یجب تسلیمه إلاّ مع المطالبه.

قال فی المسالک: مراده أنه یبقی فی ید المرتهن بعد انفساخ الرهن أمانه مالکیه لا شرعیه، ومن لوازمها عدم وجوب تسلیمها إلی مالکها إلاّ ـ بمطالبته بخلاف الشرعیه، وإنما کان کذلک لأنه مقبوض بإذن المالک، وقد کان وثیقه وأمانه، فإذا سقطت الوثیقه بقیت الأمانه فتصیر بمنزله الودیعه لا ـ بمنزله ما لو أطار الریح ثوباً إلی دار إنسان، حیث یلزمه رده إلی مالکه ابتداءً وإعلامه به، وهذا ونحوه هو المعبر عنه بالأمانه الشرعیه، حیث إن الشارع جعله أمیناً علیه دون المالک، فیجب المبادره إلی أحد الأمرین، لأن المالک لم یرض بکونه فی یده، انتهی.

وفیه: إن الأذن کان بالرهانه وقد زال فمن أین الأذن بعد ذلک، فلا أمانه بعد انتهاء الوثیقه والمالک لا یرضی به.

نعم، لو علمنا رضاه کان خارجاً عن محل البحث، فإذا أجری الرهن وکیله وهو لا یعلم، أو مات وانتقل المال إلی وارثه، أو نسی لزم إعلامه، أو إیصاله المال، فإن علم ورضی ببقاء المال فهو، وإلا لزم الإیصال.

ومنه یعلم وجه النظر فی قول الجواهر، قال: ودعوی تقیید الإذن هنا بالرهانه فمذ زالت زال، مدفوعه بعدم استلزام الرهانه الأمانه عند المرتهن، فهو حینئذ أمر آخر لا مدخلیه له بالارتهان، انتهی.

إذ فیه: إنه إذا صار أمانه کانت بقدر الإذن والرضا لا أکثر من ذلک، فأی للجواب بلا إشکال.

ولذا قال العلامه فی محکی التذکره: ینبغی أن یکون المرتهن إذا أبرأ

الراهن من الـدين، ولم يعلم الراهن أن يعلم بالإبراء أو يرد الرهن، لأنه لم يتركه عنده إلّا على سبيل الوثيقه، بخلاف ما إذا علم لأنه قد رضى بتركه، ومراده بينبغى اللزوم، كما يشعر به دليله، ومثله غيره من الأمانات المالكيه، كالوديعه والعاريه والعين فى الإجاره والمزارعه والمساقاه والمضاربه والمهر بعد الانفساخ وغيرها.

ولو شرط المرتهن على الراهن فى عقد الرهن إن لم يؤد الحق مطلقاً أو عند الأجل، أو فى وقت كذا أو فى صوره كذا، أن يكون الرهن مبيعاً، صح الرهن وبطل الشرط، وكان الخيار للمرتهن.

أما بطلان الشرط، فإنه شرط يخالف الشريعه، حيث جعل الشارع للبيع سبباً خاصاً، فهو مثل شرط أن تكون البائعه زوجه للمشترى، أو بالعكس، أو شرط أن تكون زوجته مطلقه، أو ما أشبه.

وأما صحه الرهن، فلما تقرر فى محله من أن الشرط الفاسد ليس مفسداً، ولا دليل لإفساد هذا الشرط للعقد بالخصوص، وتعليل الجواهر إبطال هذا الشرط الفاسد للرهن لاقتضاء بطلان مثل هذا الشرط بطلان العقد الذى علقوا الرضا فيه على الرضا، غير ظاهر الوجه، لأنه إن كان على وجه التقييد لا على وجه الالتزام فى الالتزام.

ولو صحت العله المذكوره لزم إبطال كل شرط فاسد للعقد، ولذا قال فى التحرير: إذا شرط كونه مبيعاً عند حلول الأجل بالعين، هل يفسد الرهن بفساد الشرط، فيه نظر، والذى قواه الشيخ عدم الفساد وهو جيد، ورد الجواهر للتحرير بأنه ليس كلام الشيخ غير ظاهر الوجه، فمن أين أنه لم يفت به فى بعض كتبه.

ومما تقدم ظهر وجه النظر فی قول المسالک تعلیلاً لبطلان الرهن بأنه لا یتوقف إلّا بالوفاء، إذ لم یظهر وجه کون ذلک ناقضاً، لقاعده عدم بطلان المعامله ببطلان الشرط، لأنه التزام فی التزام.

وأما أن للمرتهن الخیار إذا ظهر له بطلان شرطه، فلدلیل «لا ضرر» علی ما قرروه فی خیار الغبن إذا کان القرض ونحوه مبنیاً علی الرهن المشروط.

أما إذا کان شرط المرتهن أن یبیع الرهن أو أن یملکه صح، لأن الأول شرط فعل، فإذا لم یبع أجبره الحاکم، کما فی الشروط الأخر، وإذا لم یمکن إجباره باعه الحاکم، والثانی شرط نتیجه، وذلک صحیح فی مثل الملک، وإن لم یصح فی مثل الزوجیه والطلاق کما قرر فی محله.

وکیف کان، فإذا ظهر بطلان الرهن بأی وجه کان، ففی المسالک: فلو قبضه المرتهن ــ علی وجه فساد الرهن ــ ضمنه بعد الأجل لإبقائه، لأنه فی مده الأجل رهن فاسد وبعده مبیع فاسد، وفاسد کل عقد یتبع صحیحه فی الضمان وعدمه، فحیث کان صحیح الرهن غیر مضمون کان فاسده کذلک، وحیث کان صحیح البیع مضموناً علی المشتری ففاسده کذلک، والسر فی ذلک أنهما تراضیا علی لوازم العقد، فحیث کان مضموناً فقد دخل القابض علی الضمان، ودفع المالک علیه، مضافاً إلی قوله (صلی الله علیه وآله): «علی الید ما أخذت حتی تؤدی»([1])، وهو واضح، وحیث یکون غیر مضمون یکون التسلیم واقعاً بمنزله الأمانه، إلی آخر کلامه.

أقول: قاعده «ما یضمن وما لا یضمن»، وإن تکررت فی کلماتهم إلّا

۱- مستدرک الوسائل: ج۲ ص۵۰۴ الباب۱ ح۱۲

أنها بحاجه إلى الدليل، ولذا استدل الشيخ المرتضى (رحمه الله) فى المكاسب وغيره عليها، وحيث إن الذين أفتوا على طبقها هنا، استدلوا بها بما لا يمكن الاستناد إليه كليه، فلا إجماع غير محتمل الاستناد فى المسأله، بل أصل صغرى الإجماع محل مناقشه، حيث عباره المسالك هكذا: الأصحاب وغيرهم أطلقوا القول فى هذه القاعده، ولم يخالف فيها أحد، وقد ذكر الشيخ فى الرسائل أن غير لفظ الإجماع ليس بقوته، فلا يمكن أن يستند فى حكم مخالف للقاعده إلى مثل ذلك.

وعليه فمقتضى القاعده أنه إذا كان الراهن جاهلاً ببطلان الرهن فسلمه زاعماً صحته، كان اللازم الضمان، لقاعده اليد المرويه فى كتبنا وكتب العامه، فإسناده فى هامش الجواهر إلى سنن البيهقى فقط، غير ظاهر الوجه.

نعم، لو كان المرتهن جاهلاً أيضاً شمله دليل الغرور، أما إذا كان عالماً بالبطلان فمقتضى القاعده الضمان.

ومنه يظهر النظر فى استدلال المسالك لعدم الضمان بأن المالك أذن فى قبضه على وجه لا ضمان فيه، والمتسلم تسلمه منه كذلك، وعدم رضاه لو علم بعدم اللزوم غير معلوم، فالإذن حاصل، والمانع غير معلوم، إذ أن إذن المالك مقيد بالصحه لا مطلق، ولو بداعى الصحه.

ثم قوله: المانع غير معلوم، استدلال بالأخص، إذ الكلام فى الأعم، فإذا علم عدم رضاه لو علم بعدم اللزوم، فما ذا يكون دليل عدم الضمان.

ثم لو فرض أن الراهن مع علمه بالبطلان سلم المال بأن أزال احترام ماله، لم يشمله دليل اليد، لانصرافه إلى غير من أزال بنفسه احترام ماله، فإذا مات انتقل المال إلى الورثه، فإذا حصل العطب فى زمانهم

لم يكن وجه لعدم الضمان بعد كون المال الآن لهم وهم لم يذهبوا احترام مالهم.

وبذلك يظهر سياليه المسأله إلى ضمان العين المستأجره مع علم المستأجر بالفساد وجهل المؤجر، والعين المستعاره، خصوصاً إذا كان الفساد بغصب للعين ونحوه، بل فى الجواهر: ربما ظهر من بعضهم فى باب الإجاره ما ينافى الإجماع المزبور، ومثل هذه الكلام فى المضاربه والمزارعه والمساقاه والوديعه ونحوها، وقد ذكر المسالك فى كتاب المسابقه عدم كليه قاعده (ما يضمن).

ثم بعد ذلك يأتى الكلام فى الشق الثانى للمسأله، وهو عدم الضمان بعد البيع الفاسد، فإن البائع لو كان عالماً بالفساد والمشترى جاهل لزم الضمان بقدر ما ليس بمغرور، وهو القدر الذى دخل على أنه ضامن، بينما إطلاقهم الضمان ظاهره الضمان بقدر قيمه العين.

وتظهر الثمره فيما إذا كانت قيمه يوم المبادله بين الرهن والدين متساويه، كما إذا كان كل منهما عشرين وارتفعت قيمه العين بعد ذلك، بأن صارت ثلاثين مثلًا، فإن المرتهن دخل على ضمان عشرين، وفى الزائد مغرور لجهله بالبطلان، والمفروض أن البائع الراهن عالم بالبطلان، فلماذا يضمن المشترى العشره التى هو مغرور فيها.

أما إذا كان أحد من الدين والعين غصباً، فكلاهما ضامنان، لفرض وضع يدهما عليه قبل البيع وبعده، منتهى الأمر أن قرار الضمان على الذى أتلف إذا لم يكن مغروراً، أما إذا كان مغروراً فالقرار على الغار.

قال فى الشرائع: ولو غصبه ثم رهنه صح، ولم يزل الضمان، وكذا لو كان فى يده ببيع فاسد، ولو أسقط عنه الضمان صح.

أقول: الحكم الأول هو أن يغصب إنسان شيئاً كالدار مثلًا، ثم إن المغصوب

منه استدان شيئاً من الغاصب، أو كان مديوناً له قبل الغصب، وبعد الغصب يجعل المغصوب منه المغصوب رهناً عند الغاصب، والظاهر أنه لا يحتاج إلى قبض جديد للأصل بعد عدم الدليل عليه، وإنما يصح الرهن لإطلاق دليله الشامل للمقام.

والحكم الثاني وهو الضمان، قد استدل له المسالك بأن الضمان كان حاصلًا من قبل، ولم يحصل ما يزيله فليستصحب، وإنما قلنا: إنه لم يحصل ما يزيله، لأن الحاصل وهو الرهن المقبوض يجامع الضمان، كما لو تعدى المرتهن في الرهن، فإنه يصير مضموناً ضمان الغصب وهو رهن كما كان.

وإذا لم يكونا متنافيين استمر الضمان لعدم المعارض، ولقوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»((١))، ولان ابتداء كل شيء أضعف من استدامته، وإلّا كانت حاله الرهن القويه وهي استدامته لا يمنع حاله الضمان الضعيفه وهي ابتداؤه، كما إذا طرأ التعدي على الرهن، فلأن لا تمنع حاله الرهن الضيعفه وهي ابتداؤه، حاله الضمان القويه وهي استدامته، فيما لو طرأ ابتداء الرهن على استدامه الغصب أولى، انتهى.

وفي الكل نظر، إذ يرد على الأول: إنه لا وجه للاستصحاب بعد تبدل الموضوع، فهو كما إذا غصبه ثم اشتراه، وكذلك الحال في سائر مزيلات الغصب، كما إذا استأجره أو استعاره أو غير ذلك.

وعلى الثاني: بأن المنصرف من اليد غير الأمانه شرعاً أو مالكاً، وبعد الرهن يكون أمانه مالكيه.

١- مستدرك الوسائل: ج٢ ص٥٠٤ الباب١ ح١٢

وعلى الثالث: إنه ليس أزيد من استحسان، وحتى القائل به لا يتمكن أن يستدل بمثله هنا لنقضه باستحسان آخر، بعدم تماميته فى نفسه، ولـذا ذهب العلاّمه فى القواعـد إلى زوال الضـمان بمجرد العقد، قال: والأقرب زوال الضـمان بمجرد العقد، وقد نقل زوال الضمان عن آخرين أيضاً كجامع الشرائع ومجمع البرهان وغيرهما.

وهذه المسأله سـياله فى كل مورد غصب أو نحوه، كما لو كان فى يده بسوم أو بيع فاسد أو اسـتعاره مضـمونه أو ما أشبه ذلك، ثم حصل الرهن أو المضاربه أو الإيجار أو المزارعه أو المساقاه أو غيرها، حيث مقتضى القاعده زوال الضمان.

كمـا أن مقتضـى القاعـده عـدم الاحتيـاج إلى قبض جديـد، وإن كـان اختلافهم فى كلا المقامين كثيراً، وقـد فصل جمله منهم بالضمان فى مورد، وعدم الضمان فى مورد، مع استوائهما فى مقتضى الدليل.

والحكم الثالث وهو أنه لو أسـقط عنه الضـمان صـح. قال فى الجواهر: وإن لم يفد إذناً بالبقاء، ضـروره أعميه ذلك من الرضا به بقاء الإثم حينئذ.

لا يقال: إنه إسقاط ما لم يجب، إذ قبل التلف لم يثبت ضمان حتى يسقطه.

لأنه يقال: تهيؤ ذمته للضـمان بالتلف يكفى لعدم كونه إسـقاط ما لم يجب، فهو من قبيل تبرأه الطبيب عن عطب المريض بما دلّ على صحتها النص والفتوى، إلى غير ذلك، فعموم تسلط الناس على أموالهم وحقوقهم وأنفسهم دليل على صحه الإسقاط.

ومنه يعلم صحه الإسقاط فى الجهه، لا مطلقاً، كما إذا قال للغاصب:

أسقطت ضمانک فی صوره افتراس الذئب للشاه، لا فی صوره موتها بسبب البرد، أو فی صوره مجیء ولدی من السفر دون عدم مجیئه، وهکذا، إذ الحق قابل الإسقاط کلًا أو بعضاً.

ومثله ما لو قال: أسقطت ضمانک عن نصف الشاه دون النصف الآخر، أو عن رأس الشاه دون بقیتها، حیث قلنا بصحه بیع رأس الشاه مثلًا، علی ماحققنا فی کتاب الإرث وغیره.

مسأله ۳۶ فائده الرهن للراهن

(مسأله ۳۶): قال فی الشرائع: وما یحصل من الرهن من فائده فهی للراهن.

وقال فی الجواهر: بلا خلاف ولا إشکال، بل الإجماع بقسمیه علیه، بل المحکی منهما مستفیض کالنصوص، بل یمکن دعوی ضروره المذهب بل الدین، انتهی.

أقول: روی عبد الله بن سنان، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، أنه قال: «قضی أمیر المؤمنین (علیه السلام) فی کل رهن له غله أن غلته تحسب لصاحب الرهن مما علیه»((۱)).

وعن محمد بن قیس، عن أبی جعفر (علیه السلام): «إن أمیر المؤمنین (علیه السلام) قال: فی الأرض الجرد یرتهنها الرجل لیس فیها ثمره، فزرعها وأنفق علیها ماله، أنه یحتسب له نفقته وعمله خالصاً، ثم ینظر نصیب الأرض فیحسبه من ماله الذی ارتهن به الأرض حتی یستوفی ماله، فإذا استوفی ماله فلیدفع الأرض إلی صاحبها»((۲)).

وعن ابن عمار، عن أبی عبد الله (علیه السلام) فی حدیث، أنه سأله عن رجل ارتهن داراً لها غله لمن الغله، قال (علیه السلام): «لصاحب الدار»((۳)).

وعن أبی العباس، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی حدیث قال: «وقضی فی کل رهن له غله أن غلته تحسب لصاحبه علیه»((۴)).

وعن دعائم الإسلام، عن الباقر (علیه السلام)، أنه قال: «فی کراء الدواب والدار

ص:۲۴۲

۱- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۳۲ الباب ۱۰ ح۱، التهذیب: ج۲ ص۱۶۴

۲- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۳۲ الباب ۱۰ ح۲، التهذیب: ج۲ ص۱۶۴

۳- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۳۲ الباب ۱۰ ح۳، الفروع: ج۱ ص۳۹۶

۴- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۳۲ الباب ۱۰ ح۴، التهذیب: ج۲ ص۱۶۵

المرهونه وغله الشجر والضياع المرهونه ذلک کله للراهن إلّا أن یشترط المرتهن أنه یکون رهناً مع الأصل»((۱)). إلی غیرها من الروایات.

بالإضافه إلی قاعده أن الغله والربح تابع للأصل.

ثم إنهم اختلفوا فی أنه هل یتبع النماء الرهن أم لا، بعد أن ظاهرهم تبعیه ارتفاع القیمیه للرهن، لأنه لم یزد فی الرهن شیء، لکن لا یبعد انصراف کلامهم إلی المتعارف من عدم الارتفاع الکثیر، کما ذکرنا مثله فی الانخفاض الکثیر، حیث للمرتهن التبدیل لانصراف الأدله عن مثله.

فلو فرض أنه رهن داره التی تسوی بألف ثم جاء التثمین، کما یتعارف الآن فی الخلیج، فصارت بمائه ألف، حق للمالک تبدیل الرهن بشیء آخر، جمعاً بین الحقین، وکذلک إذا صارت الحرب فارتفعت قیمه السیاره مثلاًـ من خمسه آلاف إلی خمسین ألف، إلی غیر ذلک.

ولو شک فی أن الارتفاع هل وصل إلی حد الحق فی التعویض، کان المرجع العرف، لأنه مرآه الارتکاز الذی یبنی علیه العقد، فلو اختلف العرف کان المرجع الاستصحاب، وکذلک فی جانب التنزل إذا أراد المرتهن التبدیل.

ومنه یعرف الحال فی النماء المتصل کسمن الدابه وما أشبه، فإنه رهن إذا لم یکن خلاف المتعارف مما یوجب عدم شمول الارتکاز له، وإلاّ فهو کالسابق یخرج عن کونه رهناً، کما إذا سمنت الشاه التی لا تسمن عاده إلاّ بقدر عشره أرطال بقدر مائه رطل، وحینئذ هل للمالک التبدیل، أو یشترک فی

۱- مستدرک الوسائل: ج۲ ص۴۹۵ الباب ۱۰ ح۱

التصرف مع المرتهن، مثلًا إذا كانت نسبه الزياده ضعف الأصل جعلاها مهاياه، يوم للمرتهن ويومان للراهن، أو ما أشبه ذلك، احتمالا ن، الثانى أقرب إلى بقاء الشىء رهناً، والأول أقرب إلى الارتكاز، وإن بقى الأمر مشكوكاً كان المرجع التصالح لو لم يكن استصحاب.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا هزل هزالاً غير متعارف، حيث لا يبعد أن يكون للمرتهن حق التعويض بتفاوت الرهن أو تبديله، والروايات الوارده فى باب نقص الرهن لا ربط لها بالمقام، كى يستدل بها لأصل عدم حق المرتهن.

مثل ما رواه الفضل بن عبد الملك، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل رهن عند آخر عبدين فهلك أحدهما، أيكون حقه فى الآخر، قال (عليه السلام): «نعم». قلت: أو داراً فاحترقت، أيكون حقه فى التربه، قال (عليه السلام): «نعم». قلت: أو دابتين فهلكت إحداهما، أيكون حقه فى الأخرى، قال: نعم. قلت: أو متاعاً فهلكت من طول ما تركه، أو طعاماً ففسد، أو غلاماً فأصابه جدرى فعمى، أو ثياباً تركها مطويه ولم يتعاهدها ولم ينشرها حتى هلكت، فقال (عليه السلام): «هذا ونحوه واحد، يكون حقه عليه»((١)).

وعن عبيد بن زراره، قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): رجل رهن سوارين فهلك أحدهما، قال: «يرجع عليه فيما بقى»، وقال: فى رجل رهن عنده داراً فاحترقت أو انهدمت، قال: «يكون ماله فى تربه الأرض»((٢)).

وكيف كان، فقد قال الشرائع: ولو حملت الشجره أو الدابه أو المملوكه

١- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٢٨ الباب٦ ح١، التهذيب: ج٢ ص١٦٥

٢- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٢٨ الباب٦ ح٢، التهذيب: ج٢ ص١٤٦

بعد الارتهان كان الحمل رهناً كالأصل على الأظهر، وقد نسب ما ذكره إلى الأشهر والأكثر، والمشهور شهره كادت تكون إجماعاً.

وعن الانتصار أنه مما انفردت به الإماميه، وعن الغنيه والسرائر الإجماع عليه، وعن الأخير منهما أنه مذهب أهل البيت (عليهم السلام).

والقول الآخر عدم التبعيه وهو المحكى عن المبسوط والخلاف ونكت النهايه للمحقق، والتحرير والتذكره والإرشاد والمختلف والإيضاح والتنقيح وجامع المقاصد والروضه ومجمع البرهان، وميل المسالك والمحقق فى درسه، بل عن الخلاف الإجماع عليه.

والأقرب الثانى، إذ لا وجه للأول بعد عدم دخول الثمر فى الرهن عند عقده، وعدم الحكم الشرعى بذلك، وقد تقدمت روايه الدعائم المؤيده لذلك، حيث قال (عليه السلام): «إلّا أن يشترط المرتهن أن يكون رهناً مع الأصل»((١)).

ومنه يعلم أن روايته الأخرى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، أنه قال: «إذا كانت المرأه أو الدابه أو الغنم رهناً فولدت الأمه ولداً، أو نتجت الدابه، أو توالدت الغنم، فالأولاد رهن مع الأمهات»((٢))، لابد وأن تحمل على ما إذا كان الارتكاز ذلك، كما استدل بالارتكاز القائل بأن النتاج رهن وبأنه تبع كما فى الملك، وبما دل على تبعيه ولد المدبره، وبأن النماء من أجزاء العين.

ويرد عليها: إن الكلام فيما لا ارتكاز، ولا نسلم التبعيه، وإنما يتبع فى الملك للارتكاز، وولد المدبر للدليل، مع أن العتق مبنى على التغليب، وليس النماء من الأجزاء مطلقاً، وعليه فالأقوى عدم التبعيه.

١- مستدرك الوسائل: ج٢ ص٤٩٥ الباب ١٠ ح١

٢- مستدرك الوسائل: ج٢ ص٤٩٥ الباب ١٠ ح٢

مسأله ۳۷ الرهن والدين بعموم مطلق

(مسأله ۳۷): لو كـان فی يـد المرتهن رهنـان بـدينين متغـايرين، أو متوافقين، أو بينهمـا عموم مطلق، أو من وجه، ثم أدی الراهن أحـدهما عمل بالرهن حسب القاعـده، فإذا كان بين الدينين تباين كمائه دينار فی قبال رهن دار، ومائه درهم فی قبال رهن بقره، أدی المرتهن الدار إلی الراهن إن أدی مائه دينار، والبقره إن أدی مائه درهم.

وكذا إن كان بين الدينين تماثل، مثل دار فی قبال مائه دينار، ودار أخری فی قبال مائه دينار أخری.

أمـا إذا كـانت داران فی قبال إحـداهما مائه دينار، وفی قبال الأخری مائتا دينار، ولم يعلم أن أيه الـدارين فی قبال المائه وأيتهما فی قبال المائتين، وأعطی الراهن مائه، فمقتضی القاعده افتكاك ثلثی الدارين، أی من كل منهما الثلث.

وإذا أعطی الراهن مائتين، فمقتضاها افتكاك أربعه أثلاث الـدارين إلی من كل منهما ثلثان، وذلك لأن ثلاثمائه فی قبال دارين، فكل مائه فی قبال ثلث هذه وثلث تلك، لقاعده العدل.

وبـذلك ظهرت الصور الأـربع للمتغايرين والمتوافقين، أی التغاير فی الرهن أو الـدين، والتوافق فی الرهن أو الـدين، كما ظهرت صوره الاشتباه أيضاً.

أما صور العموم المطلق، فهی متعدده ألواناً، نذكر ثلاثه منها:

الأـولی: أن يأخـذ الراهن مـائه فی قبـال رهن نصف الـدار، ثم يأخـذ مائتين فی قبال كل الـدار، فلو أعطی المائه الأولی لا ينفك شیء من الـدار، لابتلاـء كل الـدار بالرهن الثانی، ولو أعطی المائتين فی الرهن الثانی انفك نصف الـدار، لأن رهن الكل بما هو كل قد انفك، وإنما بقی رهن النصف فی قبال المائه.

الثانيه: أن يأخذ الراهن مائه فی قبال كل الدار، ثم يأخذ مائتين فی قبال

نصف الـدار، فـإذا أعطى المـائتين لم ينفك شـيء لابتلاء كل الـدار برهن مائه أخرى، وإذا أعطى المائه التى فى قبال كل الـدار انفك نصف الدار، ويبقى النصف الآخر رهناً فى قبال المائتين.

الثالثه: أن يأخـذ الراهن مائه فى قبال نصف الـدار، ثم يأخذ مائه أخرى فى قبال كل الدار، فإذا أعطى المائه التى فى قبال نصـف الـدار لم ينفك شـيء لابتلاء كل الـدار بمائه أخرى، وإذا أعطى المائه التى فى قبال كل الدار انفك النصف، وإذا أعطى مائه لا بقصد هذا أو ذاك، كان مقتضـى القاعده أن يكون كل خمسين من رهن، إذ لا أولويه لأن يكون المائه لهذا الرهن أو ذاك، أو أن يكون ثلاثه أرباع المائه من هذا وربعه من ذاك مثلاً.

وعليه ينفك نصف الدار، إذ الخمسون الذى كان مائته مقابل نصف الدار لا يوجب انفكاك شىء.

أما الخمسون الـذى كان مائته فى قبال كل الـدار، فبسبب أدائه ينفك نصف الـدار، وكذا ينفك نصف الدار إن قصد أن المائه التى أعطاها نصفها للرهن الأول ونصفها للرهن الثانى.

ومما تقدم ظهر طرفا العموم المطلق:

الأول: أن يكون مقابل دين واحد، كمائه دينار فقط رهن كل الدار مره ونصفها أخرى.

الثانى: أن يكون مقابل دار واحده دينان مائه دينار مره، وتلك المائه بإضافه خمسـين آخر مره ثانيه، إذ إطلاق أدله الرهن يشمل الكل.

بقى الكلام فى الصوره الرابعه: وهى ما إذا كان بين الدين والرهن عموم

من وجه وهو قسمان:

الأول: أن يكون الرهن موزعاً، كما إذا كان له بستان فى ثلثه عنب، وفى ثلثه الثانى نخل، وفى ثلثه الثالث تفاح، فجعل ثلثى البستان (العنب والتمر) فى قبال دين مائه، ثم جعل ثلثى البستان (العنب والتفاح) فى قبال دين مائه أخرى، فإنه إذا أعطى الراهن مائه النخل والعنب انفك النخل دون العنب، لابتلاء العنب برهن آخر، ولو أعطى مائه التفاح والعنب انفك التفاح دون العنب، لابتلاء العنب برهن آخر، وإذا أعطى مائه، خمسين من هذا الرهن وخمسين من ذاك، أو أعطى مائه بدون قصد، حيث تقدم أنه ينصرف إلى نصف كل رهن لعدم الأولويه، انفك نصف النخل ونصف التفاح ونصف العنب، لأن الثلاثه كانت فى قبال المائتين، فإذا أعطى الراهن مائه انفك من كل نصفه.

الثانى: أن يكون الدين موزعاً، كما إذا استدان مائه وثمانين ديناراً، ستون منه أمهات خمسه دنانير، وستون منه أمهات عشره دنانير، وستون أمهات دينار، فجعل داره رهناً فى قبال الأول والثالث، ودكانه رهناً فى قبال الثانى والثالث.

فإذا أعطى الأول والثالث انفك داره ونصف دكانه، إذ الدار كانت فى قبال الخمسات دنانير، وقد أعطيت الخمسات الدنانير، والدكان كان نصفه فى قبال الدنانير وقد أعطيت الدنانير وبقى نصف دكانه رهناً فى قبال العشرات.

وكذا إذا أعطى الثانى والثالث انفك دكانه ونصف داره لما ذكر، وإذا أعطى الخمسات فقط انفك نصف داره، وإذا أعطى العشرات فقط انفك نصف دكانه، وإذا أعطى الدنانير فقط انفك نصف الدار ونصف الدكان، لأن نصف كل منهما كان مرهوناً فى قبال الدنانير، بينما النصف الآخر للدار كان مرهوناً

قبال الخمسات، والنصف الآخر للدكان كان مرهوناً قبال العشرات.

أما إذا أعطى الثلاثه، فقد انفك الدار والدكان، وإذا أعطى بالنسبه مثل نصف الخمسات وثلث العشرات أو ربع الدنانير فالانفكاك يكون بالنسبه.

وهذه صوره العموم من وجه في المرهون:

البستان

التمر العنب التفاح

مائه دينار مائه دينار

وهذه صوره العموم من وجه في الدين:

خمسات عشرات دنانير

دار دكان

والصور الثمانيه: إعطاء

۱/ عشرات.

۲/ خمسات.

۳/ دنانير.

۴/ عشرات وخمسات.

۵/ عشرات ودنانير.

ص:۲۴۹

۶/ خمسات، ودنانير.

۷/ الكل.

۸/ بالنسبه.

ومما تقدم ظهر قول الشرائع: وإذا كان في يده رهنان بدينين متغايرين، ثم أدى الراهن أحدها لم يجز إمساك الرهن الذى يخصه بالدين الآخر، وكذا لو كان له دينان بأحدهما رهن لم يجز له أن يجعله رهناً بهما، ولا أن ينقله إلى دين مستأنف، انتهى.

ولو كان له رهنان بدينين، البستان قبال مائه والدار قبال ألف، ثم اشتبه ماذا فى قبال ماذا، وأعطى الراهن مائه مثلاً، كان مقتضى القاعده أن يفك منهما مقدار جزء من أحد عشر جزءاً، وإذا اختلفا فى أن أيهما قبال أيهما كان اللازم التحالف، لأنه لا أصل، وبعده يرجع إلى ذلك أيضاً، أى بكل مائه يفك جزء من أحد عشر جزءاً.

ولو عقد الأب الرهن، ثم وهب الدار المرهونه لأحد ولديه ومات، ولم يعلم هل أنه جعلها لزيد أو لعمرو، فأعطى أحدهما الدين افتك الرهن، لأنه إما مالك أو متبرع، وفى كليهما ينفك الرهن، ويقسمان بينهما بالسويه لقاعده العدل.

نعم إن قلنا بأنه لا يصح إعطاء دين الغير إلاّ برضاه، لأنه نوع تصرف فى سلطانه، فينافيه دليل تسلط الناس، كما ذكرنا الكلام حوله فى أواخر شرح العروه.

فإذا أعطى أحدهما لم يعلم افتكاك الرهن، والمرجع المصالحه الجبريه من الحاكم.

ص:۲۵۰

مسأله ۳۸ رهن ما یملک وما لا یملک

(مسأله ۳۸): إذا رهن ما لا ـ یَملک، فإن کان لا یُملک أیضاً کالمسجد مثلًا بطل الرهن کما تقدم فی شرائط الرهن، وإن کان یُملک لکنه مال الغیر، فإن کان بغیر إذنه کان فضولیاً یتوقف علی إجازته.

وکذا إذا کان المرتهن أدی مال الغیر قرضاً وأخذ رهناً، وهکذا إذا کان القرض والرهن کلاهما بمال الغیر.

وقد روی علی بن سعید، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رجل اکتری حماراً ثم أقبل به إلی أصحاب الثیاب فابتاع منهم ثوباً أو ثوبین وترک الحمار، قال: «یرد الحمار علی صاحبه ویتبع الذی ذهب بالثوبین، ولیس علیه قطع إنما هی خیانه»((۱)).

وعن حریز، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی رجل استعار ثوباً ثم عمد إلیه فرهنه فجاء أهل المتاع إلی متاعهم، فقال (علیه السلام): «یأخذون متاعهم»((۲)).

وعن حذیفه، عن أبی عبد الله (علیه السلام) مثله((۳)).

وعن دعائم الإسلام، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، أنه سأل عن رجل استعار عاریه فارتهنها فی مال، یعنی ولم یأذن له صاحبها فی ذلک، ثم أفلس أو غاب أو مات، قال: «یأخذ صاحب العاریه عاریته، ویطلب الرجل بدینه صاحبه»((۴)).

کل ذلک مما لا ینبغی الإشکال فیه، کما أنه لا ینبغی الإشکال فی أنه إذا استعار الراهن ما رهنه صحت العاریه، فإذا تلفت عنده لم یکن علیه ضمان العین، لأنه ملکه.

۱- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۴۰ الباب۲۱ ح۱، التهذیب: ج۲ ص۱۶۱

۲- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۳۴۱ الباب۵ من کتاب العاریه ح۱ وذیله

۳- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۳۴۱ الباب۵ من کتاب العاریه ح۱ وذیله

۴- مستدرک الوسائل: ج۲ ص۴۹۵ الباب۱۶ ح۱

ویدل علیه بالإضافه إلی القاعده ما رواه أبو بصیر، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی رجل استقرض من رجل مائه دینار ورهنه حلیاً بمائه دینار، ثم إنه أتاه الرجل فقال: أعرنی الذهب الذی رهنتک عاریه، فأعاره فهلک الرهن عنده، أعلیه شیء لصاحب القرض فی ذلک، قال: «هو لصاحب الرهن الذی رهنه وهو الذی أملکه، ولیس لمال هذا توی»((1)).

یبقی الکلام فی أنه هل یصح رهن العاریه بإذن صاحبها، الظاهر الصحه.

بل فی الجواهر مازجاً: وإذا رهن مال غیره بإذنه صح، بلا خلاف فیه بیننا، بل الإجماع بقسمیه علیه عندنا.

وفی المسالک: أجمع العلماء علی جواز رهن مال الغیر بإذنه علی دینه فی الجمله، وسموه استعاره.

أقول: لکنهم اختلفوا فی أنه هل هو ضمان، کما عن المبسوط أنه حکی فیه قولاً بأنه علی سبیل الضمان المعلق بالمال، أو عاریه کما هو المشهور بین الأصحاب، ولعل المسالک کان مردداً بینهما، ولذا قال: سموه.

وعن التذکره: هل یکون سبیل هذا العقد سبیل العاریه أو الضمان، الحق عندنا الأول، انتهی.

وقال فی الجواهر: عبارته لعلها مشعره بالإجماع، والمحکی عن ولده نسبه ذلک إلیه وإلی المحققین، وأن خلافه قول بعض الشافعیه، حیث قال: إن ذلک بین الراهن والمرتهن رهن، وبین المعیر والمستعیر عاریه، وبین المعیر

1- وسائل الشیعه: ج13 ص135 الباب15 ح1، التهذیب: ج2 ص166

والمرتهن ضمان، والظاهر صحه جعله عاريةً وضماناً وعقداً جديداً.

وربما أشكل على الأول: بأن التوفيق الحاصل بدون الرهن ليس من منافع العين التى تباح بعقد العاريه المساوى لعقد الإجاره فى ذلك، وإنما هو انتفاع بسبب تعلق عقد الرهن بها، لا أنها من منافعها التى هى كالسكنى فى الدار والركوب فى الدابه ونحوهما، وبأن الرهن قد يؤدى إلى خروج العين عن الملك، وذلك مناف للعاريه، وبأن المشهور عندهم الضمان فى هذه العاريه وإن تلف بآفه سماويه، وذلك مناف لما ذكروه من عدم الضمان للعاريه فى غير الذهب والفضه، أو التعدى أو التفريط، أو الشرط.

وفى الكل نظر، إذ الرهن نوع نفع للعاريه، فمن أين أن النفع خاص بالأمثله التى ذكروها، والخروج عن الملك أى مانع له بعد رضى صاحبها، فهو كما إذا أعطاه عاريه ثم وهبه له، أو أعرض عنه، والضمان فى هذه العاريه أولاً غير مسلم، وعلى تقدير التسليم يجعل ذلك من شرط الضمان.

هذا وقد عرفت إشعار بعض الروايات بأنه عاريه، أما جعله ضماناً فأى مانع له بعد أن المعير يضمن إعطاء الدين، أو المرتهن من هذا الشىء إذا لم يؤد الراهن، وقد ذكرنا فى كتاب الضمان شبه ذلك، كما أن جعله معامله جديده يشملها: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(1) لا محذور فيه.

ولذا قال الجواهر: لا يبعد أن يكون ذلك من الأحكام الجائزه شرعاً، وإن لم يندرج تحت عقد من العقود المتعارفه، إذ دعوى عدم خلو الواقع منها يكذبها الوجدان، فإن كثيراً مما هو جائز شرعاً لا يدخل، كالقباله والمنحه ونحوهما، فحاصل ذلك عدم اعتبار كون الرهن ملكاً للراهن، كما أنه لا يعتبر

١- سوره المائده: الآيه ١

فی صحه الرهن کون الدین علی الراهن، فیجوز أن یرهن ماله علی دین غیره متبرعاً.

أقول: بل أو بشرط ونحوه.

نعم إذا قلنا إنه عاریه أو ضمان، ترتب علیه أحکامهما، وإذا قلنا إنه معامله جدیده کان اللازم أن یراجع فی أحکامها إلی مقتضی الإطلاقات إن کانت، وإلا فالأصول، وحیث یصح کل الثلاثه فالتحقق لأحدها بالقصد، إذ العقود تتبع القصود، ولذا کان المحکی عن المبسوط وتبعه غیره أنه علی تقدیر کونه ضماناً یترتب علیه لزوم ذکر جنس الدین وقدره وحلوله وتأجیله ووصفه وصاحبه، لعدم صحته فی المجهول، بخلاف العاریه.

أقول: والظاهر أن المعیار عدم الغرر، فإذا کان فی العاریه غرر أیضاً لزم بیان ما یرفعه، لإطلاق نهی النبی (صلی الله علیه وآله) عن الغرر، ولذا کان المحکی عن غیر واحد اعتبار عدم الغرر.

ثم الظاهر أنه إن أعطاه عاریه یرهنه، لا حق له فی إلزامه بالفک قبل حلول الوقت، فهو کمثل عاریه الأرض للدفن فیها، حیث لا حق للمعیر فی طلب نبش القبر، ولذا کان المحکی عن التحریر وثانی الشهیدین وجامع المقاصد عدم جواز المطالبه له، خلافاً لمحکی المبسوط والسرائر والتذکره وغیرهم من حقه إجباره علی الفک لکون العاریه من العقود الجائزه.

ثم إن لم یکن غرر فی عدم تعیین المده فی العاریه للرهن صحت العاریه ورهن الراهن إیاها لأیه مده أرادها، وإن کان غرر بطلت العاریه، فیکون رهناً فضولیاً، للمالک أخذه من المرتهن، وکذا إذا کان غرر من جهه أخری.

وإذا بطل الرهن وکان القرض مشروطاً

به حق للمقرض أن يأخذ ماله أين وجده، أو يتقاص فى غير مستثنيات الدين، وإذا حل الأجل فى العاريه الصحيحه جاز للمالک مطالبه الراهن بالفک.

وفى الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، بل قيل كأنه إجماعى، وذلک لأن العاريه كانت لازمه بقدر مده الرهن لا أكثر، فإذا انتهت المده فلا لزوم لها، بل وهو كذلک وإن كانت العاريه لازمه من جهه وقوعها شرطاً فى عقد لازم، فإن طالب المالک بالفک ولم يفک الراهن راجع الحاكم فيفكه الحاكم من غير مستثنيات الدين، فإن لم يكن حاكم وصل الأمر إلى العدول، ثم إلى نفس المالک.

والظاهر أنه ليس للمالک التقاص ولو بمثل ماله إن أمكن الفک، إذ المال له، وما دام يمكن المال لا تصل النوبه إلى بدله.

نعم إن كان فى الفک محذور فلا يتيسر الأمر برد عين المال تعسراً أو تعذراً، وصلت النوبه إلى المقاصه.

ثم إذا لم يمكن عين المال وباعه المرتهن فى الدين رجع المالک إلى الراهن، وليس له التعرض للمرتهن بوجه كما فى الجواهر، لفرض أنه رهن بإجازته، ومعنى الرهن ذلک.

وهل للمالک أو الحاكم إلزام المرتهن بالمقاصه ليبقى مال المالک سالماً إذا كانت المقاصه ميسوره، احتمالان، من أنها جمع بين الحقين، ومن أن إجازته فى الرهن معناها عدم اعتراضه على البيع وقت حلوله، ولعل الثانى أقرب.

وإذا حل الأجل لم يكن للمرتهن أن يمهل الراهن فى حال تمكن الراهن من الأداء، إذ الحق يعدوهما فليس مثل سائر أقسام الرهن، فإذا أمهله ألزمه الحاكم أو العدل أو المالک بالفک، لأن العاريه كانت إلى الأجل، فله المطالبه والإجبار لإنقاذ ماله.

أمـا إذا لم يتمكن الراهن من الأداء كـان للمالـك إجبار المرتهن بالبيع وليس له إجباره بالإمهال، إذ ربما كان فى البيع مصـلحه للمالك، فلا حق للراهن أو المرتهن فى حفظ مال المالك، أما ليس له إجباره على الإمهال، فلوضوح أنه خلاف حق المرتهن.

وبـذلك يظهر وجه النظر فى كلاـ القول ورده كمـا فى الجواهر، قـال: ومـا قيـل من أنه قـد يقـال: إذا حل الأجل وأمهل المرتهن الراهن أن للمالـك أن يقول للمرتهن: إمـا أن ترد مـالى، أو تطـالب الراهن بالـدين ليؤديه فيفـك الرهن، كما أنه إذا ضـمن ديناً ومات الأصـيل، فللضامن أن يقول: إما أن تطالب بحقك من التركه أو تبرؤنى، لا وجه له معتداً به، لا فى المشـبه ولا فى المشـبه به.

وإذا أراد المرتهن البيع وقـد كان المالك أطلق العاريه، لم يكن للمالك تعيين الخصوصـيات بأن يبيعه فى مكان كـذا، أو شـرط كذا، أو شخص كذا، أو ما أشبه، لأنه بإطلاق عاريته أخرج الملك عن سلطته.

نعم، له الحق فى أن يلزمه بعـدم البيع بمـا يوجب ضـرره، كـأن يبيعه بالأقـل إذا كـان المالـك يحصـل على التفـاوت، أمـا إذا لم يحصـل، بـأن كان أقل من الـدين ورضـى الراهن لم يكن به بأس، كما إذا كان رهناً بمقابل مائه ولم تكن قيمته أكثر من المائه، فإنه سواء باعه المرتهن بمائه أو تسعين لم يحصل المالك على شىء، نعم إنه يطلب الراهن مائه قيمه ماله.

وكيف كان، فإذا أعاره للراهن، وعم له أو اطلق إطلاقاً يرجع إلى التعميم بالارتكاز، رهنه كيف شاء، وإن عين له كمقدار خاص من الدين أو زمان خاص للرهن، ابتداءً أو انتهاءً أو مدةً أو خصوص مرتهن أو جنس أو

ما أشبه تعين، فلو خالفه كان فضولياً، ولا فرق بين أن تكون المخالفه كليه، أو على نحو العموم المطلق، أو من وجه، كما إذا قال له: أرهنه فى الدينار، فرهنه فى الدرهم، أو قال له: أرهنه فى مائه، فرهنه فى مائه وخمسين أو خمسين.

فقول الجواهر: إنه إذا خالف كان فضولياً إلّا إذا عين له الأكثر فرهنه على الأقل، كأنه أراد به ما إذا لم يكن قيداً، وإلا فلا وجه له، ويؤيده ما علله بقوله: للأولويه، إذ لا أولويه مع القيديه.

ثم قال: أما إذا عين له الأقل فرهنه على الأكثر، ففى فضوليته بالنسبه إلى الجميع، أو خصوص الزائد وجهان أو قولان، أقواهما الثانى، بل ينبغى الجزم به لو كان فى عباره مستقله بأن قال: هو رهن على المائه، وعلى الخمسين مثلاً.

فيرد عليه أولاً: إن المستثنى منه أيضاً غير تام على إطلاقه، إذ لو كان على التقييد لم يصح أيضاً حاله حال الوكيل.

وثانياً: إن المستثنى إنما يصح إذا كان على نحو عقدين، لا ما إذا كان على نحو عقد واحد.

وإذا عين له شيئاً وخالفه، فالظاهر أنه له الرهن ثانياً بما أجازه، لأن الأول يقع فضولياً، ولا مانع فيه من الرهن الثانى الذى يقع صحيحاً.

وكذا إذا انعكس بأن رهن أولاً ـ رهناً صحيحاً وبعد ذلك فضولياً، فإن أجازه المالك كان رهنين على شىء واحد، وإلا بطل الفضولى وبقى غيره.

وإذا مات المعير قبل الإجازه والرد انتقل حقه إلى ورثته فى الإجازه والرد، أما إذا كان وارثه المستعير، فالمسأله من باب بيع الفضول ثم انتقال الملك إليه.

ولو أعاره إنسان ليرهنه، فرهنه غيره بإجازه المستعير أو بدونها، فإن كان إطلاق كلام المالك يشمل ذلك نفذت، وإلّا كان من الفضولى. وإن

اختلف المعير والمستعير فى أنه هل أطلق له الرهن كما يدعيه الثانى، أو لا ـ كما يدعيه الأول، وقد وقع الرهن على الإطلاق، فالظاهر أن على المستعير البينه، لأن ادعاءه خلاف الأصل، لأصاله صحه العقد فى مرتبه متأخره، فلا تقف فى وجه أصل صحه قول المالك.

بل وكذا على المستعير البينه إذا اختلفا فى أنه هل أجازه مقيداً بهذا القيد، أو بقيد آخر، وكل يدعى جانباً، كما إذا ادعى أحدهما أنه أجاز له الرهن بدرهم، والآخر أنه أجاز له الرهن بدينار.

والظاهر أنه مع المخالفه يصح للمعير إجازه بعضه، كما إذا رهنه بمائه دينار فيجيز بخمسين منه، لانحلال العقد فى غير مثل النكاح إلى عده أجزاء، بل يمكن ادعاء ذلك فى مثل النكاح، كما إذا أجازت له نكاحها عشرين يوماً، فجعل المده ثلاثين، فإن لها إبطال العشره، أو نكحها فضوله ثلاثين فأجازت عشرين فقط.

ولو قال له المعير: إنه يرهنه ما دام حياً، فإذا مات والرهن باق كان للورثه الإجازه أو الرد صح، إلاّ إذا جعله المستعير رهناً لتلك المده فقط، حيث إن بعد الموت لا رهن حتى يجاز أو يرد.

ص:٢٥٨

مسأله ٣٩ لو اختلفا فى أنه هل تعدى المرتهن

(مسأله ٣٩): قال فى الشرائع: وإذا رهن مال غيره بإذنه، ضمنه بقيمته إن تلف، أو تعذر إعادته.

أقول: مقتضى القاعده أنها أمانه، وهى لا تضمن إذا تلفت بدون تعدّ أو تفريط، سواء كان التلف فى يد الراهن قبل الرهن، أو قبل التسليم إلى المرتهن، أو بعد استرداده من المرتهن قبل تسليمه إلى المالك، أو كان التلف فى يد المرتهن، إلاّ إذا شرط المالك الضمان، ولذا كان محكى التحرير أنه لا ضمان على أحدهما، فقول المسالك: جعلها العلماء مضمونه على الراهن، غير ظاهر الوجه.

بل عن جامع المقاصد ذكره مشعراً بالإجماع عليه، كالمحكى عن بعضهم من أنه نص الأصحاب على أنه عاريه مضمونه، إذ مقتضى القواعد أن تكون حسب سائر العاريات فإذا كان تعدّ أو تفريط، سواء من المستعير أو من المرتهن كان الضمان، وإذا لم يكن تعدّ أو تفريط من أحدهما فلا ضمان، وكذلك إذا تلف فى يد الواسطه، أى من أخذ العاريه لإيصالها، مثلاً رهن المستعير الدابه فأرسل المرتهن وكيله فقبض الدابه، أو أرسل الراهن الدابه بيد أمين وفى أثناء الطريق تلفت الدابه بآفه سماويه أو ما أشبه، مما لم يكن تعدّ ولا تفريط، فإنه لا ضمان على أحد من الثلاثه.

ثم من التعدى ما لو طلبه مالكه فلم يدفعها اختياراً بعد انتهاء الرهن، لأن اليد يد عدوان، لا يد أمينه، هذا إذا لم يسلمه الراهن وقد سلمه المرتهن إلى الراهن، وكذا إذا لم يسلمه المرتهن إلى الراهن، فإن عدم تسليم الأمانه بعد انتهائها تعدّ، والأمانه مضمونه بالتعدى، كما أنها مضمونه بالتفريط.

وإذا اختلفا فى أنه هل تعدى الراهن حلف، لأن الراهن أمين، وليس على

الأمين إلّا اليمين، كما فى سائر أنواع الأمانات.

ولو اختلفا فى أنه هل تعدى المرتهن، فهل يكفى حلف أيهما، أى الراهن والمرتهن، أو يلزم حلف المرتهن فقط، وجهان، من أنهما أمينان كالأصيل والوكيل فى الأمانه، فإذا حلف أيهما كفى، ومن أن طرف الاتهام المرتهن، فاللازم أن يحلف هو، والظاهر كفايه حلف أيهما.

أما حلف المرتهن فلأن الدعوى موجهه إليه، وأما حلف الراهن فلأنه هو الأمين الذى سُلّم المال إليه، أو سلّم المال إلى المرتهن باعتبار أمانه الراهن.

أما إذا كانت الدعوى موجهه إلى الراهن بأن قال المالك: إن الراهن هو الذى تعدى، فالحلف لا يتوجه إلى المرتهن، إذ لا وجه لتوجه الحلف إليه وهو أجنبى عن توجه الدعوى، وعن كون المالك أعطى المال بيده أمانه.

ولو قال المرتهن: إنه تعدى، أخذ بإقراره لمكان إقرار العقلاء، ولم يأخذ المالك بإقرار المرتهن على الراهن، لأن الراهن ليس له إقرار حتى يؤخذ به، فلا حق للمالك فى غرامه الراهن، إذ الراهن لا يثبت عليه إقرار غيره، وإنما الإقرار يثبت الغرامه فى حق المرتهن.

ولو انعكس بأن قال الراهن: المرتهن تعدى، وأنكر المرتهن أنه تعدى، حلف المرتهن، وضمن الراهن أمام المالك، لأنه يعترف أن نائبه وهو المرتهن قد تعدى، فهو كما إذا سلمنا شيئاً رهناً إلى إنسان فاعترف أنه سلمه إلى شخص تعدى ذلك الشخص فيه، إذ لا فرق بعد التعدى أن يكون المتعدى نفس الأمين أو ولده أو زوجته أو وكيله أو ما أشبه.

ولو باعه المرتهن أو الحاكم أو الراهن بالمساوى أو الأكثر، كان للمالك

المطـالبه بمـا بيع به، ولـذا قـال فى الشـرائع: ولو بيع بـأكثر من ثمن مثله، كـان له المطالبه بما بيع به، وعلله فى الجواهر بقوله: لأن الثمن ملكه وقـد أخـذ فى الـدين، فلاـ حق لأـن يقول الراهن: إنما كان الملك يساوى المساوى فلا حق للمالك فى الأكثر، مثلاً كـانت العين بمـائه فباعهـا الراهن أو المرتهن بمائه وعشـره، فللمالك مطالبه الكل، ولا حق لأحـدهما، أى المرتهن أو الراهن أن يقول: قيمه الشيء مائه، فالعشره الزائده إنما هى لى، لما ذكرناه من تعليل الجواهر.

وقـال فى محكى الـدروس: ليس للمرتهن بيعه بـدون إذن إلاّـ أن يكون وكيلاًـ شـرعياً أو وصـياً. فلو امتنع الراهن من الإـذن أذن الحاكم، ويجب على الراهن بذل المال فإن تعذر وباعه ضمن أكثر الأمرين من قيمته. ولو بيع بأقل من قيمته بما لا يتغابن به بطل، وإن كان يتغابن به كالخمسه فى المائه صـح، وضـمن الراهن النقيصه على قول العاريه، وعلى الضـمان لا يرجع إليه، لأن الضامن إنما يرجع بمن غرمه، انتهى.

وإن كـان فى قوله: (كـالخمسه فى المـائه) تأمـل، إذ الخمسه فى المـائه لا يتغابن به غالباً، مثلاً إذا كانت قيمه البضاعه مائه دينار، فاشتراهـا المشترى بمائه وخمسه، رأى العرف أنه غبن، وأنه له الحق فى استرجاع الخمسه أو ما أشـبه، إذا قلنا بأن فى الغبن أيضـاً له حق الاسترجاع.

كما أن قوله: (بطل) يراد به عدم الانعقاد لازماً، وإلا فالمعامله تقع فضوليه.

والظـاهر أنه إذا بـاعه المرتهن أو الراهن بالأقـل كـان للمالـك إبطال البيع، فلا حق للراهن أن يقول للمالك: إنى أعطيك كامل الثمن فلا تبطل البيع، إذ البيع الغبنى وقع على مال المالك، وإذا وقع عليه الغبن كان له الفسخ،

فهو كما إذا باع الوكيل مال الموكل بالأقل، ثم قال الوكيل: إنه مستعد لأن يدفع التفاوت إلى الموكل، فإن قول الوكيل هذا لا يوجب إسقاط حق المالك فى خياره الغبنى.

وكيف كان، فالراهن ضامن لكل قيمه الشىء المبيع بالنسبه إلى المالك، سواء كانت النقيصه التى حدثت فى البيع مما يتغابن به كالواحد فى الألف مثلاً أو لم يكن مما يتغابن به كالمائه فى الألف، إذ المالك مطالب بكل القيمه، ولا ربط له بصحه البيع وعدمها.

ومن ذلك يظهر وجه النظر فى ما ذكره المسالك، حيث قال بعد عباره الشرايع المتقدمه: إن ما فى المتن أجود مما فى القواعد من التعبير بالرجوع بأكثر الأمرين من القيمه وما بيع به إن كان بيعه بدون القيمه، وهو ممتنع، وعدم تصور بيعه على وجه يصح بنقصان من قيمته فى الزياده، وإن كان اتفاق راغب فيها فزيد عن ثمن المثل، بحيث لولا ظهوره لما وجب تحريه لكونه على خلاف العاده المعروفه فى ثمن مثله. وربما فرض نقصان الثمن عن القيمه مع صحه البيع بسبب قله الراغب فى الشراء، مع كون قيمه المال فى ذلك الوقت والمكان عند ذوى الرغبه أزيد مما بذل فيه، ويشكل بأن المعتبر فى القيمه ما يبذل فى ذلك الوقت لا ما يمكن بذله، فإن كان الذى باع به المرتهن يسوغ البيع به لم يثبت للمالك سواه، وإلا لم يصح البيع، انتهى.

وإنما يظهر وجه النظر لما نقلناه من عباره الدروس، ولذا قال فى الجواهر بعد نقله عبارتهما: إن عباره الدروس صريحه فى ضمان الراهن نقيصه التغابن وإن صح البيع.

ص:٢٦٢

أقول: بـل ربمـا يقـال بأن للمالك الفسـخ، وإن كان يتغابن بمثل التفاوت، إذ أن الوكاله للراهن أو المرتهن من المالك فى البيع منصـرفه إلى البيع بالقيمه لا بالبيع بما يتغابن أو بما لا يتغابن، فحال التغابن حال عـدمه، إذ فرق بين بيع الوكيل، وبين بيع المالك الأصيل، فالأصيل لا خيار له إذا كان البيع بما يتغابن، أما الوكيل إذا باع بما يتغابن، فالمالك له الحق فى الفسخ.

ولو قـال المالك: بعته بالأكثر، وقال الراهن أو المرتهن: بالمساوى، كان الأصل معهما دون المالك، كما أنه إذا قال المالك: إن قيمته الأكثر، فقالا: بل قيمته الأقل مما تدعيه، كان الحق معهما أيضاً إلّا أن يقيم المالك البينه.

ولو قال الراهن: باع المرتهن بالأكثر، وأنكر المرتهن، كان الأصل مع المرتهن، لكن أخذ المالك الراهن بحسب إقراره، حيث إن إقرار الراهن بالبيع بالأكثر يوجب عليه أن يرد إلى المالك الأكثر.

ولو انعكس بـأن ادعى المرتهن أنه باعه بالأكثر، وقال الراهن: بل بالمساوى، كان للمالك على الراهن الحلف، لأن الراهن أمين، وأدعاء المرتهن عليه الأكثر لا يثبت شيئاً عليه، فإنه ليس عليه إلّا اليمين.

ومن ذلـك تعرف سـائر صور الاختلاـف، وهى ما لو ادعى المالك الأكثر أو المساوى، أو ادعى الراهن أيهما، أو ادعى المرتهن كـذلك، وأنكر الآـخر أو الآـخران قول المـدعى، فلا حاجه إلى تفصـيل الكلام حول الصور بعـد ظهور القاعـده مما ذكرناه فى الأمثله المتقدمه.

وكيف كان، فلو رهن البسـتان دخل فيه العريش وإن لم يكن من حقيقه البستان، كما يدخل فيه الأشجار والأعشاب والخضر وما أشبه ذلك.

ص:۲۶۳

أما هل يـدخل فيه السعف اليابسه، واليابس من الأغصان، والتى تقطع، وكـذلك هل يـدخل فيه الأعشاب التى حان أوان قطعها، وسلابح الأرض التى لها قيمتها الـدوائيه، وتباع وتشترى، والأسـماك الموجوده فى الأحواض، والمياه الموجوده فيها، الظاهر أن كـل ذلـك تبع للعرف الـذى ارتكز عليـه فى وقـت العقـد، لأن العقـد على المرتكز فيكـون من (عقـودكم) المسـتفاد من قـوله سبحانه:(أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ)((١)).

أما إذا شك فى دخول شىء، فالأصل عدم الدخول، وإنما يكون للمالك.

وقـد أجمـل الجواهر حيث قـال: والضابط خروج كل ما لا يـدخل تحت مسـمى اللفظ إلاّ أن يتعارف دخوله، ودخول كل ما هو بعض مسماه إلاّ أن يتعارف خروجه، وحظّ الفقيه من ذلك الإجمال، انتهى.

ومراده بما يتعارف دخولاً وخروجاً الذى وقع عليه الارتكاز، وإلا التعارف وحده لا ينفع، إذ التعارف لا يصحح (عقودكم).

ومن ذلك يظهر حال الصوف على الحيوان إذا وصل أوان جزه، وحال اللبن فى الضرع، وحال البيضه فى داخل الدجاج والحمام ونحوهما، كما أنه إذا رهن الأشجار لم يدخل فى الرهن الأرض التى هى مغرسها، إلاّ أن يكون تعارف وارتكاز على ما تقدم.

أمـا بالنسبه إلى أسـس البنـاء فالظـاهر دخوله كما ذكره غير واحـد، فإذا رهن الـدار كان الأسـس أيضاً داخلًا فى الرهن، وخلف الحائط هل هو داخل حتى لا يجوز للراهن التصرف فيه، أو ليس بداخل حتى يجوز، تبع للعرف،

١- سوره المائده: الآيه ١

فإذا رهن الراهن غرفه من داره وكان الحائط بين الغرفه المرهونه وبين غرفه الراهن غير المرهونه لم يحق له أن يهدم بعض الحائط ليجعل عليه الخشب أو ما أشبه.

نعم فى مثل دق الوتد فى الحائط مما لا يضر الرهن لا بأس به، لأن هذا الطرف من الحائط الذى ليس طرف المرتهن، لا يرتبط بالمرتهن عرفاً فى مثل دق الوتد، فلا يقع عليه العقد.

وإذا رهن شقه فوقانيه دخل فى الرهن أرض الشقه، أما سقف الطابق التحتانى هل هو داخل، كما إذا كان مشتركاً، أو لا يدخل، أو يدخل بعضه دون بعض، الظاهر فى الشقق المتعارفه التى لها سقف له جانبان جانب علوى وجانب سفلى ارتباط كل طرف بصاحب الطرف.

ومما تقدم ظهر حال المغرس والأرض التى يبنى فيها إذا كان البناء والغرس رهناً، فإنه لا حق للراهن فى التصرف فى المحل، إذا كان ارتكاز فى دخوله، لأن ذلك تصرفاً فى الرهن.

ولذا قال فى الجواهر: ومنه يعلم الحال فى المغرس، واستحقاق المرتهن بقاءه على الراهن يتوقف على التوافق عليه، واسم الجدار مثلاً لا يقضى بالرهانه، ومنه يعلم عدم دخول الجدران فى رهينه السقف، وإن كان لا يمكن بقاؤه بدونها، انتهى.

فإذا كان الشيء المرهون ملازماً لشيء آخر، لم يحق للراهن التصرف المنافى لحق المرتهن.

أما التصرف الذى لا ينافى حق المرتهن، كأن يبيع الراهن الأرض فى صوره رهن الشجر والبناء، فلا بأس به، لأنه بيع لماله، وبيع ماله جائز إذا لم يكن منافياً لحق المرتهن ولا داخلاً فى الرهن.

أما إذا كان منافياً لحق المرتهن، كان للمرتهن الخيار فى الفسخ والإجازه، كما أن المشترى إذا لم يكن عالماً بأنه ممنوع عن التصرف ما دام الرهن، ولم يجز المرتهن كان له الخيار، لأنه عيب، فإن شاء أمضى البيع، وإن شاء رده إلى الراهن.

ومما تقدم يظهر حال العكس، وهو أنه إذا رهن الراهن الشجر والبناء فليس للمرتهن التصرف فى البناء والشجر إذا كان مجازاً فى التصرف، تصرفاً ينافى حق الراهن فى الأرض، وكذلك إذا انعكس الأمر بأن رهن الراهن الأرض ولم يرهن الشجر والبناء، فإنه لا حق للمرتهن فى التصرف فى الأرض تصرفاً منافياً لحق الراهن فى الشجر والبناء إلّا إذا كان مجازاً فى مثل هذا التصرف فإنه يحق بإجازه ثانويه.

وكذلك فى أمثال ذلك مما كان الشيء رهناً فى جهه وغير رهن فى جهه، فإن كل واحد منهما لا يحق له أن يتصرف تصرفاً منافياً لحق الطرف الآخر، وإن كان المرتهن مجازاً فى التصرف فى الشيء غير المرهون بنفسه.

أما إذا رهن الراهن الأرض، فهل يحق له البناء فيها بناءً لاينافى حق المرتهن، مقتضى ما تقدم من أن كون الراهن ممنوعاً من التصرف، إنما يراد به المنع من التصرف المنافى لحق المرتهن، خلافاً للمشهور الذين قالوا بامتناع التصرف مطلقاً، أنه يجوز للراهن أن يتصرف فى الأرض تصرفاً بزياده كالبناء وحفر البئر والقناه وغرس الشجر ونصب المعمل وغير ذلك من أمثال هذه التصرفات التى لا تنافى فرضاً حق المرتهن فى قليل ولا كثير.

لكن لا يحق له أن يتصرف تصرفاً لا ينافى قدر حق المرتهن وإنما ينافى المجموع، مثلاً رهن أرضاً قيمتها ألف بمائه، فيتصرف فيما ينقص الأرض بمقدار

تسعمائه، ويبقى قدر حق المرتهن، لأن الرهن وقع كله وثيقه للدين، فلا يحق له أن يتصرف بالتنقيص، وحتى إذا لم يكن التصرف تصرفاً خارجياً، وإنما تصرفاً اعتبارياً، كما إذا باع تسعه أعشار الأرض فى المثال المفروض من إنسان، واستمهله أن يقبضها الأرض بعد انتهاء الرهن، أو تصرف فى تسعه أعشار الرهن فى المثال المتقدم بالوقف أو بما أشبه، مما لم يكن تصرفاً فعلياً، وإنما كان تصرفاً اعتبارياً.

أما إذا كان الرهن على سبيل الكلى فى المعين، أو على سبيل المشاع، كما لو رهن عُشر الدار أو نحو ذلك، كان له حق التصرف فى التسعه الأعشار الأخر تصرفاً خارجياً بعد الإفراز بطلب من الحاكم إذا امتنع المرتهن، أو تصرفاً اعتبارياً كالبيع والوقف والنذر وما أشبه من سائر التصرفات الاعتباريه.

ولو ظهر فى الأرض المرهونه ماء، فالماء لايكون رهناً، لأن الرهن لم يتعلق بالماء، وكذلك إذا ظهر فيها معدن أو ما أشبه، فإنها للمالك وله حق التصرف فيها.

وكذا إذا نبت فى الأرض المرهونه شجر ونحوه، وسيأتى تمام الكلام فى قصه نبت الشجر، ولو حبلت الدابه المرهونه فالجنين ملك للراهن، وله التصرف فيه تصرفاً اعتبارياً بالبيع ونحوه، إلّا إذا كان هناك انصراف أو شرط أو ما أشبه حيث الحبل أيضاً يدخل فى رهن الدابه.

ومما تقدم ظهر حال الإحبال، وأنه يجوز للراهن إحبال الدابه إذا لم يكن تصرفاً منافياً لحق المرتهن، وكما أنه يجوز له الإحبال فى صوره عدم كونه تصرفاً فى حقه يجوز له ذلك إذا أجاز المرتهن، وهكذا يجوز للمرتهن الإحبال

برضايه الراهن، ويكون الولد حسب المقرر بينهما، للراهن أو المرتهن.

أما إذا لم يكن الإحبال بإجازه الراهن، فلا حق له فی ذلک، فهو مثل أن یحفر فی الأرض بئراً، أو أن یغرس فیها شجراً، أو یبنی فیها بناءً.

ولما ذكرناه قال فی الشرائع: وإذا رهن النخل لم تدخل الثمره وإن لم تئبر، وكذا لو رهن الأرض لم يدخل الزرع ولا الشجر ولا النخل، ولو قال بحقوقها دخل، وفيه تردد ما لم يصرح.

وكذا ما ينبت فی الأرض بعد رهنها، سواء أنبته الله سبحانه، أو الراهن أو الأجنبی، إذا لم يكن الغرس من الشجر المرهون.

أما قوله: (قال: بحقوقها)، فاللازم التفصيل، وهو أنه لو فهم من كلمه بحقوقها مثل ذلک دخل، وإلا لم يدخل، لما سبق من أن الرهن كسائر العقود بحاجه إلى الارتكاز، حيث إنه إذا كان ارتكاز دخل فی (العقود تتبع القصود).

ولذا أشكل على الشرائع الجواهر بقوله: فمن الغريب قول المصنف هنا إنه لو قال ذلک دخل كل منها، بل لم أجد أحداً غيره تردد فيه. نعم لو قال: وما اشتملت عليه ونحو ذلک مما هو صريح فی الدخول أو ظاهر كان متجهاً، انتهى.

ومراده بالظاهر، ما كان يظهر منه بالارتكاز، وإلا فالظهور بدون الارتكاز قد عرفت أنه لا ينفع، كما أن الجواهر علق على قوله: وكذا أی لا يدخل ما ينبت فی الأرض بعد رهنها إلى آخره، بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له، لعدم كون النبات من نماء الأرض حتى يأتی فيه ما تقدم، إلاّ أنه لا يخلو من إشكال فی بعض أفراده كالحشيش ونحوه مما يظهر منهم فی غير المقام الحكم بملكيته

ص:۲۶۸

لصاحب الأرض، لأنه نماء أرضه، انتهى.

وفيه تأمل، إذ لا يظهر وجه لدخول الحشيش فى الرهن بعد أن لم يكن اللفظ شاملاً له، فله أن يتصرف فى الحشيش.

أما على مختارنا فبالقلع وما أشبه، لأنا ذكرنا أن تصرف الراهن فى المرهون تصرفاً لا ينافى الرهن لا بأس به. وأما على مذهب من يرى عدم جواز تصرف الراهن فى الرهن، فهو ممكن بالبيع ونحوه من التصرفات الاعتباريه.

نعم، إذا كان هنالك ارتكاز يبنى عليه قصد فى الرهن، فهو على الارتكاز، ولعل الجواهر أراد هذه الصوره لا مطلقاً.

ومما تقدم يظهر وجه تماميه قول الجواهر واحتمال المسالك حيث قال فى الجواهر: وهل يتوقف غرسه حينئذ على إذن المرتهن احتمله فى المسالك، لأنه تصرف فى الرهن وانتفاع به، وقد يقوى العدم لأنه مصلحه له وزياده فى قيمته كالسقى والدواء ونحوهما، نعم لو أضر بالأرض، فلا ريب فى توقفه على إذنه، وكذا لو كان الغرس من غير المرهون، وأطلق فى الدروس المنع من الزرع، وإن لم تنقص به الأرض حسماً للماده، وهو لا يخلو من إشكال، خصوصاً إذا كان فى الزرع مع ذلك مصلحه للأشجار والنخل، بل ربما يتضرر الراهن بالترك، انتهى.

والظاهر أن مراد الجواهر الضرر الذى يوجب نقص القيمه، وإلاّ كان فى إطلاقه نظر، إذ ليس دليل على عدم جواز إضرار المالك بملكه إلاّ دليل الرهن، ودليل الرهن لا يشمل ذلك على ما تقدم.

فلو رهن مثلاً دابه قيمتها مائه فأعماها أو شق أذنها أو ما أشبه مما يعد ضرراً

عرفاً، لكن الضرر لا- يوجب نقص قيمه الدابه، بل أحياناً يوجب زياده القيمه، كما إذا كان فى الحيوان قرن، وكان يؤذى بقرنه فقطع قرنه مما هو ضرر عرفاً لكن ذلك سبب زياده دينار فى قيمته المائه فى الثور مثلاً، فإن ذلك لا دليل على المنع عنه، فإن أراد الجواهر المنع عن الإضرار مطلقاً لم يكن عليه دليل، وإن أراد التفصيل الذى ذكرناه لانصراف الضرر إلى الضرر الموجب لنقص القيمه فى كلامه (رحمه الله) فلا بأس به.

ثم إنه إذا قلنا بعدم جواز الإنبات فى الأرض المرهونه، أو عدم جواز البناء فيها أو ما أشبه ذلك، فلو نبت إما بفعل الراهن، أو بفعل الله، أو بفعل الأجنبى، ففى المسأله ثلاثه أقوال:

المبسوط والتذكره وآخرون قالوا: لا يجبر الراهن على الإزاله.

والقواعد والمختلف والإيضاح وغايه المرام وجامع المقاصد وغيرهم كما حكى عن بعضهم قالوا: بالجبر على الإزاله، وهو الذى اختاره الشرائع بقوله: وهو الأشبه، وعلله فى الجواهر بقوله: لأن الإبقاء ولو كان الأصل من غيره تصرف منهى عنه، فهو كالمتاع الموضوع فى دار الغير. ثم رده الجواهر بقوله: وفيه منع عدّ مثل ذلك تصرفاً. ونقول نحن حتى إذا عدّ تصرفاً لعدم دليل على المنع عن التصرف كما تقدم.

وفى المسالك مال إلى التفصيل، بين ما كان من فعل الراهن فالأقوى إزالته، وبين ما كان من فعل غيره فلا يجب، قال: وقد يفرق بينه وبين المتاع بأن وضع المتاع منه فهو سبب فى بقائه، بخلاف ما أنبته الله سبحانه، انتهى كلام المسالك.

وأشكل عليه الجواهر بقوله: وفيه إنه يمكن أن يريد الأول وضع المتاع

من غيره فكـان اللائق فى رده التزام عـدم وجوب الإزاله فيه أيضاً، أو إبـداء الفرق كما أن كلمات الأصـحاب لا تخلو من إجمال فى المقام، حيث لم يفرقوا بين ما كان للنابت أمد منتظر كالزرع، وعدمه خصوصاً إذا كان أمده قبل حلول الدين، ولا فى الإجبار على الإزاله قبل حلول الدين وبعده، مع أن المحكى عن الإيضاح وغايه المرام إيجاب إزاله الزرع عند انتهاء المده عاده، انتهى.

أقول: لا ـ وجه لوجوب إزاله الزرع والبنـاء إذا كـان النبـات مثلاً ـ من الله سـبحانه وتعـالى، أو إذا كان النبات أو الزرع أو البناء من الأ ـجنبى، إذ لا ـ وجه للوجوب على الراهن، فالأصـل عـدمه، ففرق بين فعـل الراهن، وبين فعل الله وفعل الأجنبى، ولا وجه لقياس أحـدهما بالآ ـخر، إذ أى دليـل على أن الراهن يجب عليه إزاله النبـات الـذى أنبته الله أو أنبته الأ ـجنبى، فـإذا أنبته الله ولم يتضـرر المرتهن فهو، ولا حق للمرتهن فى الإزاله، بل لو أزال المرتهن وتضـرر الراهن ضمن، لأن النبت الذى ينبت فى ملك الغير لا حق للغير فى إزالته، خصوصاً إذا قصد الراهن التملك.

نعم يمكن أن يقـال: إذا لم يقصـد التملـك فهو على إباحته الأصـليه، كما إذا جاء طير إلى دار إنسان ولـم يقصـد الإنسان تملكه فـإنه لا يتملكه، كما ذكرناه فى إحياء الموات، وهو مقتضـى القاعـده، وإذا أنبته الله وتضـرر المرتهن بالإنبات، فإن اسـتعد الراهن للقلـع بنفسه أو أجـاز للمرتهن فى القلـع فهـو، أمـا إذا لـم يسـتعد الراهن للقلع ولـم يجوز للمرتهن ذلـك، أو لـم يكـن الوصـول إلى الراهن فى الاستجازه فى قلع النبات ممكناً، أو كان متعسراً

مثلاً راجع المرتهن الحاكم فی قلعه.

ولو أنبت النبات فی الأرض المرهونه الأجنبی، کان عملاً فضولیاً، لأن المفروض أنه لم یکن بإجازه الراهن، فإن أجاز الراهن بدون ضرر المرتهن فهو، وإلا حق لکل من الراهن والمرتهن القلع.

أما الراهن فحقه فی القلع مطلقاً، سواء تضرر به أو لم یتضرر، إذ لا یحق لإنسان أن یتصرف فی ملک إنسان آخر ولو تصرفاً غیر ضرری، کما إذا وضع متاعاً فی دار غیره وإن لم یکن ذلک المتاع یوجب الضرر علی صاحب الدار.

وأما المرتهن، فإنما یکون له القلع إذا کان ضرراً علیه، وإلا فلا دلیل علی حقه فی القلع، حیث عرفت أنه لا ینافی الرهن.

نعم قد یقال: بأن له الحق فی القلع وإن لم یکن تضرر بسبب أنه تصرف فی حقه عرفاً، فیشمله «لا یتوی حق امرئ مسلم»، والظاهر أنه إذا کان منافیاً لحقه عرفاً حق له ذلک.

ومما تقدم ظهرت الأحوال الأربعه فی الإنبات وما أشبه، بأن یکون من الراهن، أو من المرتهن، أو من الأجنبی، أو من الله سبحانه وتعالی.

ثم إذا کان من الراهن أو المرتهن أو الأجنبی، فإما أن یکون بالإجازه من ذی الحق، أو بدون إجازه، وإما أن یکون بضرر، وإما أن یکون بلا ضرر، ولقد أجاد الجواهر حیث قال:

ومن هنا أمکن أن یقال: إن الإنبات إذا کان من فعل الله لم یجبر علی القلع فی الحال لإمکان أن یؤدی الدین من محل آخر، وهذا البقاء له لا منه، فإذا دعت الحاجه إلی البیع فإن قام ثمن الأرض لو بیعت وحدها بالدین لم یستحق القلع.

بـل وكـذا لو لم يقم إلاّـ أنه لم تنقص قيمه الأرض بما نبت فيها، ولم يحصل ضـرر على الراهن بـذلك. نعم إن نقصت ولم تف بالـدين، فقـد يتجه حينئـذ القلع للمرتهن إلاّـ إذا أذن الراهن بـالبيع مع الأـرض، والفرض عـدم النقص بـذلك عليه أيضاً، فيباعان ويوزع الثمن عليهما، كما أومى إليه فى الدروس، انتهى.

لكن حق المرتهن فى القلع إنمـا يكون إذا لم يمكن مراجعه الحـاكم، أو لم يمكن مراجعه الراهن فى صوره قبوله القلع، وإلاـ لم يجز له أن يستبد وحـده بـالقلع، حيث إنه تصـرف فى ملـك الغير بغير إذنه، فاللاـزم إمـا أن يـأذن المالـك، وإمـا أن يـأذن ولى المالك وهو الحاكم فى صوره غيبته أو صوره تعنته.

وهنا مسأله أخرى:

وهى أنه يجب على المرتهن الـذى بيـده الأـرض منع النبات فى الأرض إذا كان النبات ضاراً للأرض، ضـرراً يوجب مثلًا سـحب قوه الأـرض الزراعيه فلاـ تزرع لمـده، كمـا هو كـذلك فى بعض الأعشـاب الضـاره، فـإنه إذا أخـذت تلك الأعشاب فى الظهور والنمو، أو اسـتعدت الأرض لنموها، أو اسـتعدت للنش، كما فى بعض الأراضى النشاشه الموجبه لملوحه الأرض، فإنه يجب على المرتهن مراجعه الراهن أو الحـاكم للمنع عن ذلـك، فـإذا لم يمكن مراجعه أيهما كان له المنع عن ذلك، والظاهر أن المصـرف يكون من كيس الراهن، لأنه لمصلحته،(مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ)((١)).

ص:٢٧٣

١- سوره التوبه: الآيه ٩١

نعم إذا راجع الراهن وقال الراهن: لا بأس، لم يكن له حق فی المنع عن النبات أو النش أو ما أشبههما، إذا لم يكن يسبب ذلك ضرراً بالرهن، كما تقدم مثله فی كلام الجواهر.

مسأله ۴۰ رهن ما يخرط وما يجز

(مسأله ۴۰): قال فی الشرائع: ولو رهن لقطه مما يلقط كالخيار، فإن كان الحق يحل قبل تجدد الثانيه صح، وإن كان متأخراً تأخراً يلزم منه اختلاـط الرهن بحيث لاـ يتميز، قيـل يبطـل، والوجه أنه لاـ يبطل، وكـذا البحث فی رهن الخرطه مما يخرط، والجزه مما يجز.

أقول: الظـاهر صـحه رهن لقطه ممـا يلقـط، سواء كـان الحق قبـل تجـدد الثـانيه أو بعـده، أما قبله ففی الجواهر: إنه لا خلاف ولا إشكال فيه، لوجود المقتضی وارتفاع المانع، وقصده من ذلك أن أدله الرهن شامله له، فلما ذا يمنع.

وأما الصـحه فيما كان متأخراً تأخراً يلزم منه اختلاط الرهن بحيث لا يتميز فلإطلاق الأدله. والمانع المبسوط، لأنه يتعذر الاستيفاء بسبب عدم التمييز، ولعدم صحه البيع عند الأجل بالجهل وبالغرور، ولانصراف الأدله عن ذلك، والكل واضح المنع، إذ الاستيفاء ممكن، ولـذا قـال الجواهر: يمكن الاستيفـاء مع المضـايقه من الراهن ولو بالصـلح قهراً، وقـد ذكرنـا فی جمله من مباحث (الفقه) المرتبطه بهذا الموضوع أن الصلح القهری صحيح، لشمول أدله الصلح له، حيث إنه لا علاج إلّا بذلك.

ومنه يظهر أن الوجه الثـانی، وهو عـدم صـحه البيع عنـد الأجل بالجهل أيضاً غير تام، لأن الجهل لا يمنع من ذلك فی البيع، وفی الصـلح بطريـق أولی، ومثله مـا إذا اختلـط شـيئان لنفرين، فـإنه يصـح الـبيع ببعض الوجوه المصـححه، كمـا يصـح الصـلح والهبه المشروطه وما أشبه، وبذلك يرفع أيضاً الغرر، لأن الغرر عرفی، وإنه وإن ورد «نهی النبی (صلی الله عليه وآله) عن بيع الغرر»، إلّا أنه حيث كان عرفياً،

والعرف لا يرى غرراً فى ذلك بعد أن كان التخلص معقولاً ومشروعاً حيث لا يمنع عنه الشرع، لا بأس به.

وبـذلك يظهر انـدفاع الوجه الرابع وهو الانصـراف، فمن أين هـذا الانصـراف، ولهذا جعل الشـرائع الوجه أنه لا يبطل كما تقدم، ووافق العلامه المحقق فى ذلك فى غير التذكره فقال بالصحه، وكذلك نسب الصحه إلى ولده والشهيدين والمحقق الثانى وغيرهم.

نعم المبسوط القائل بالبطلان، يقول بالصحه لو اشترط القطع عند تجدد الثانيه، وكذا أفتى به الجواهر، وهو كذلك حتى على فرض بطلان الصوره الثانيه، لأنه لا يجهل هنا بعد عدم الامتزاج والاختلاط ووجود التمييز، قال فى الجواهر: هـذا إذا وقع المزج بعد القبض، أما لو وقع قبله، فعن الدروس أن الأقرب الفسخ والبطلان، وهو كذلك بناءً على اعتبار القبض فى الصحه، وفرض تعذره.

أقول: وفيه إنه لا وجه للتعذر، فهو كالشىء المشترك، حيث إنه إذا باع الإنسان الشىء المشترك تمكن من قبضه، وصور القبض متعدده، كجعل الشريك الآخر وكيلاً فى القبض، أو جعلهما شخصاً آخر وكيلاً فى القبض عنهما، أو ما أشبه، فالوجه الصحه هنا أيضاً.

ومنه يعلم الصحه أيضاً فى الخرطه مما يخرط، والجزه مما يجزأ، كما قاله الشرائع، وكذا بالنسبه إلى العيدان التى تقطع قطعاً بعد قطع لمصحله السقوف ونحوها، فإن الكل من باب واحد.

ويصح رهن البئر مع مائها، لأدله الرهن المطلقه، سواء كان الماء ينبع من جديد أيضاً، أو يبقى راكداً فى البئر إلى

أن يمتح، فإنه إذا كان يتجدد الماء كان الحكم كاللقطه والجزه ونحوهما، وإذا لم ينبع من جديد فالأمر أوضح، وكذلك حال رهن النهر والعين والساقيه ونحو ذلك.

والظاهر صحه رهن النهر الجاري ومائه الموجود فيه الآن، لأنه عرفي فيشمله الأدله، فإن كانت قيمه النهر بمائه مائه مثلًا ورهنه في قبال الدين رأى العرف أنه صحيح، وذلك لأن التبدل لا يستلزم عدم صدق الرهن عرفاً، والدقه العقليه ليست مناطاً في الأمور العرفيه، والكلمات الشرعيه ناظره إلى الأمور العرفيه، كما ذكرناه مكرراً لقوله:(وَمَا أَرْسَلْنَا مِن رَّسُولٍ إلاّ بِلِسَانِ قَوْمِهِ)((۱))، ولقوله (صلى الله عليه وآله): «نحن معاشر الأنبياء أمرنا نكلم الناس على قدر عقولهم».

إلى غير ذلك مما هو مذكور في محله.

وهذا هو السبب في حجيه فهم العرف، لا في الموضوع فحسب، بل قدر الحكم وخصوصياته أيضاً مما يرجع إلى اللفظ.

وكذلك يصح رهن المصباح الكهربائي حتى مع نوره، وكون النور سيالاً ومتبدلاً لا يضر، حيث يراه العرف شيئاً واحداً.

أما الماء الجاري من النهر في البستان وغيره فهو ملك للمالك، ولا يضر ذلك بالرهن، كما أنه لا يضر ذلك بالبيع أيضاً، إذ التبدل لا يضر البيع فيصح للإنسان أن يبيع النهر بمائه، كما يصح أن يبيع النهر بغير مائه، وكذلك يصح أن يبيع الماء بغير النهر، كل ذلك لصدق الأدله العامه، وكذلك يصح رهن الشجر بثمره قبل الكمال حتى يكون الكمال للمالك.

۱- سوره إبراهيم: الآيه ۴

مثلًا الآن ظهر البسر، والبسر وزنه مائه طن مثلًا، لكن إذا أصبح ثمراً صار ألف طن فرضاً، فيصح رهن النخل بتمره، كما يصح رهن التمر وحده، والزائد يكون للمالک، فيکون الحال کحال الجزه واللقطه وماء النهر وغيرها.

ولو أمکن التحديد فالأمر أوضح، بأن يحدد ماء البئر أو اللقطه أو التمر أو الثمر بکذا فی حال الرهن، ثم ما أضيف إليه خرص أيضاً حتی يعرف قدر مال المالک، وقدر المرهون عند المرتهن.

ولو رهن الدابه فليط بها، فهو علی ثلاثه أقسام:

الأول: أن يوجب اللواط ذبحها وحرقها کالشاه، والظاهر أن الرهن بالنسبه إلی العين يبطل، ويتعلق الرهن ببدلها، کما سيأتی الکلام فی تعلق الرهن بالبدل.

والثانی: أن لا يکون اللواط سبباً لذلک، وإنما کان سبباً للبيع فی مدينه أخری، کما فی البغل والحمار والفرس، وهنا الرهن باق وصحيح ولا ينتقل إلی البدل، فإن الوجوب حکم شرعی وليس بوضعی، نعم إذا ذهب بها إلی بلد آخر وبيعت فيه انتقل الرهن إلی البدل.

القسم الثالث: أن لا يوجب لا هذا ولا ذاک، کما فی الوطی بالهره وغيرها من الحيوان المحرم اللحم إذا لم نقل بوجوب شیء فيه، لأن الدليل ورد بالنسبه إلی الحيوان المأکول اللحم والحيوان المرکوب الظهر لا غيرهما، وهنا لا وجه لبطلان الرهن، ولا للانتقال إلی البدل.

وکذلک لا يضر بالرهن الجلل فی الحيوان، لأن جلل الحيوان لا يوجب ذهاب قيمته، وإنما يوجب استبراءه.

قال فی الشرائع: ولو أتلف الرهن متلف ألزم بقیمته وتکون رهناً، ولو أتلفه المرتهن.

أقول: المتلف قد یکون الله سبحانه وتعالی، وقد یکون الراهن، وقد یکون المرتهن، وقد یکون الأجنبی، والتلف إما للکل أو للبعض، فإذا کان المتلف الله سبحانه وتعالی بآفه سماویه أو ما أشبه، کإتلاف الحیوان الذی لا یضمن صاحبه التلف، أو لا صاحب له، ففی هذه الصوره یبطل الرهن ولا بدل له.

أما بطلان الرهن فلفقدان موضوعه، وأما أنه لا بدل له لأنه لیس الراهن ونحوه هو المتلف، والأصل براءه ذمه الراهن من البدل، والمراد بالبدل أعم من القیمه أو المثل، کما أن فی تلف البعض قد یکون البدل أرشاً.

وإذا کان المتلف هو الراهن وجب علیه إعطاء البدل مِثلاً ـ فی المثلی وقیمهً فی القیمی وأرشاً فیما یوجب الأرش، وذلک لأن المتلف ملزم بدفع البدل، ویکون البدل رهناً، للارتکاز فی باب العقد إلاّ إذا نص علی عدم إعطاء الراهن البدل إذا أتلفه مطلقاً، أو أتلفه لا باختیاره مما کان علیه الضمان فی المتلفات المشابهه.

وکذلک إذا أتلف الرهن المرتهن، وجب علیه البدل مثلاً أو قیمهً أو أرشاً.

وهکذا إذا أتلفه الأجنبی.

وقد قال الجواهر عند قول الشرائع: ولو أتلف الرهن متلف ألزم بقیمته وتکون رهناً: بلا خلاف أجده فیه، بل ولا إشکال، لأن حق الرهانه متعلق بالعین، وقد جعل لها الشارع للتلف بدلا، فیتعلق به، کما هو مقتضی البدلیه.

لکن هذا التعلیل یحتاج إلی تکمیل، حیث کون الرهن متعلقاً بالعین لا یوجب البدل، إلاّ إذا ضم إلیه الارتکاز کما ذکرناه، حیث یدخله فی دلیل (العقود تتبع القصود).

ولو کان المتلف الراهن واختلفا فی أن الارتکاز هل کان

يشمل البدل حتى يجب على الراهن جعل البدل رهناً، أو لم يكن الارتكاز شاملاً ـ للبدل، رجع إلى العرف، فإن العرف هو الفاصل فى ظاهر اللفظ الكاشف عن الارتكاز، إذ لا حق لطرف العقد أن يدعى الارتكاز أو عدم الارتكاز خلاف العرف الذى يستظهر من اللفظ فى مقام العقود ونحوها.

ومثله لو اختلفا فى أن المرتهن الذى أتلف الرهن، هل كان قصده إسقاط حق الرهانه كما يدعيه الراهن، أو لم يكن قصده ذلك كما يدعيه المرتهن، فإن الحق مع الذى يقول إنه لم يقصد إسقاط حق الرهانه، وهو المرتهن وحينئذ فيجب البدل، إذ لو كان قصد المرتهن فى تلفه إسقاط حق الرهانه أخذ البدل الراهن أو تهاتر الأمر قهراً، أما إذا لم يكن قصده إسقاط حق الرهانه تحول الشىء إلى البدل، ويكون البدل رهناً عند المرتهن أيضاً.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: لكن لو كان المرتهن وكيلاً فى الأصل على بيع أو غيره، لم يكن وكيلاً فى القيمه، لأن العقد لم يتناولها، ولم يكن حق الوكاله من الأمور المتعلقه بالعين على حسب الرهانه، ولعل الاستيداع كذلك، كما صرح به فى المسالك.

أقول: قد تكون الوكاله شامله للأصل والبدل، صراحةً أو ارتكازاً عرفياً، وقد لا تكون الوكاله شامله، وقد يشك فى ذلك، فإذا شك فى ذلك فالأصل عدم الوكاله بالنسبه إلى البدل مثلًا أو قيمه، وإذا كانت الصراحه أو ما أشبه تقتضى الوكاله عيناً أو بدلاً، أو تقتضى عدم الوكاله فى البدل فهو، وإلا فالظاهر أن الوكاله شامله للعين وللبدل، لأنه المرتكز العرفى عندنا الآن، وإن كان لعله يختلف الأعراف فى ذلك، ولعل الشرائع إنما قال بعدم الوكاله بالنسبه إلى البدل لاختلاف عرفه عن عرفنا الحاضر، وكذلك الأمر فى باب الاستيداع

ص:٢٨٠

وباب العاريه، فإذا تلفت الوديعه بما لها بدل أو تلفت العاريه، فالظاهر أن البدل أيضاً يكون وديعه أو يكون عاريه.

وكأنه لـذلك قال فى محكى التذكره وغيرها: إن للعدل حفظ القيمه، لأنها بدل الرهن، وله إمساك الرهن وحفظه، والقيمه قائمه مقامه، وليس له البيع لبطلان وكالته فيه.

وأشكل عليه الجواهر بقوله: وفيه ما عرفت من أن الوكاله منوطه بما عينه المالك الذى يختلف أغراضه فى الاستئمان على الأموال وبيعها باختلاف الأشخاص، فقد يستأمن على عين ولا يستأمن على قيمتها، وكذلك فى البيع، فالفرق بينهما لا يخلو من نظر، وإشكال الجواهر على الشق الثانى من كلام التذكره وغيرها وارد، كما هو الظاهر.

ثم إن الوكاله فى البيع لا معنى لها إذا تحول الشىء إلى البدل القيمى، يعنى إذا صار قيمه، إذ القيمه نقد، والنقد لا يباع فى أمثال هذه الموارد، وإنما يكون التهاتر القهرى عند حلول الأجل.

قال فى الشرائع: ولو رهن عصيراً فصار خمراً بطل الرهن، فلو عاد خلّاً عاد إلى ملك الراهن.

أقول: لا دليل على البطلان إذا كان العصير إبّان صيرورته خمراً يعود إلى الخليه، لأن أدله عدم ملكيه الخمر لا يشمل مثل ذلك، فإنها منصرفه عن الخمر المحترمه، ولذا قسم الخمر الفقهاء إلى قسمين: الخمر المحترمه، والخمر غير المحترمه، فالأمر له صورتان:

الأولى: أن يتحول العصير إلى الخمر، ثم لا يتحول إلى الخل، ولا شك فى أنه إذا تحول إلى الخمر بطل الملك، فببطلان الملك يبطل الرهن، لكن

الکلام هنا فی تحوله إلی الخمر التی لا تعود إلی الخل مثل الکلام فی رهن ما یسرع إلیه الفساد، وقد تقدم الکلام فی ذلک، وأنه یصح الرهن علی التفصیل الذی تقدم، فرهن مثل هذا العصیر صحیح أیضاً.

أما إذا کان العصیر یتحول خلاً بعد تحوله خمراً، ففی حال تحوله إلی خمر أیضاً ملک للراهن ویصح رهنه، بل الظاهر أنه یصح رهن العصیر الذی صار خمراً محترماً، لأنه مال محترم یشمله دلیل الرهن.

وکیف کان، فلو رهن عصیراً جاز بلا إشکال، بل فی الجواهر بلا خلاف، وعن المبسوط الإجماع علیه، لأنه عین مملوکه یجوز بیعها إجماعاً بقسمیه.

قال فی الجواهر: واحتمال صیرورته خمراً قبل حلول الحق غیر قادح کرهن المریض.

نعم لو علم ذلک اتجه المنع ما لم یعلم انقلابه خلاً، وإلاّ جاز أیضاً، بل قد یقال بجوازه بدونه، علی نحو ما سمعته فی رهن ما یسرع إلیه الفساد قبل الحلول، فکلامه صحیح علی ما ذکرناه.

أما قول إن صار خمراً بطل الرهن کما فی الشرائع، وأیده جماعه من الشراح وغیرهم، فقد عرفت ما فیه.

وعلیه فلا ینبغی الإشکال فی صحه رهن الخمر المحترمه، والعصیر وإن صار خمراً، ویؤید ذلک أنا نری أن کل آثار الملک مترتبه علی مثل هذه الخمر، مثلاً إذا أراق إنسان هذه الخمر رأی العرف المسلم أنه تعدی علی مال محترم للمالک، وأنه یجب علیه إعطاء بدله، وکذلک علیه الخمس وعلیه الحج إذا استطاع بذلک، إلی غیر ذلک من الأحکام الشرعیه.

فلو أن تاجراً یملک ما قیمته مائه ألف من العصیر، ثم انقلب خمراً محترمه

لا يصدق عليه أنه لا يملك الآن شيئاً حتى يتكفف ويعطى من الزكاه ونحوها مما يشترط فى عطائه الفقر.

وعليه فقولهم: إنه يعود إلى ملك الراهن، بل عن أبى الصلاح بأنه لا يعود إلى ملك الراهن إطلاقاً لأنه خرج عن ملكه فلا دليل إلى عوده، مما لا ينبغى، خصوصاً قول أبى الصلاح الذى رماه الفقهاء بالسهو، بل ذكر الجواهر بأن رجوعه إلى المالك قامت عليه السيره والإجماع، بل الضروره عليه، وعلى جواز اتخاذه مع أن العصير لا ينقلب إلى الحموضه إلّا بتوسط الشده على ما صرح به فى التذكره وجامع المقاصد والمسالك مما يدل على أنّهم متفقون على رجوعه إلى الملك على تقدير خروجه عن الملك.

وبذلك ظهر أنه لا ـ يحتاج الأمر إلى التكلف الذى ذكره جماعه ومنهم التذكره، حيث قال: مع أن قولنا يبطل الرهن لا نريد به ارتفاع أثره بالكليه، وإلّا لم يعد الرهن، بل المراد ارتفاع حكمه ما دامت الخمريه ثابته، وتبعه جامع المقاصد والمسالك، وفسروه بأن المراد العلاقه باقيه لمكان الأولويه، ففى الحقيقه ــ كما فى الجواهر ــ الرهن والملك موجودان بالقوه القريبه، لأن تخلله متوقع، إذ يرد عليهم أنه إما ملك أو ليس بملك، ولا حاله ثالثه، فإذا كان ملكاً ثبت ما ذكرناه، وإذا لم يكن ملكاً ثبت أنه بطل الرهن، فكيف يمكن أن يقال بالأولويه، حيث لا ـ دليل على مثل هذه الأولويه، واحتمال أنه جمع بين الأدله غير ظاهر، حيث ذكرنا أن ظاهر الأدله أن الخمر التى لا تملك للمسلم هى غير مثل هذه الخمر، والشاهد العرف الذى يرى الانصراف.

ومنه يظهر أنه لو رهن عنده الخل، فقبل قبضه تحول إلى خمر محترمه، لم يكن وجه لبطلان الرهن، ويصح قبضه خمراً، فلا فرق فى صحه الرهن وبقائه

ص:٢٨٣

بیـن الرهن فی حـاله الخمریه، أو حـاله قبـل الخمریه، أو حـاله الخمریه متوسـطه بین الرهن وبین القبض، وفی حـاله الخمریه بعد القبض، ولأـن مثـل هـذه الخمر ملـک یصـح إجراء جمیع أحکـام الملـک علیه، فیترتب علیهـا سـائر الأحکـام، کالبیع والمضاربه والعاریه والودیعه وغیرها، فإن الکل صحیح علی الخل قبل الخمریه، والخل الذی تحول إلی الخمر المحترمه، وعلی ما إذا أجری العقد علیه خلّاً وقبل القبض تحول إلی خمر.

وعلیه فمـا عن التـذکره من أنه لو انقلب المبیع خمراً قبـل القبض، فالکلام فی انقطـاع البیع وعوده إذا عاد خلّاً علی ما ذکرنا فی انقلاب العصـیر المرهون خمراً بعـد القبض، وإذا اشتری عصـیراً فصار خمراً فی یـد البائع وعاد خلّاً فسـد العقـد، ولم یعـد ملک المشتری لعوده خلا، غیر ظاهر الوجه، وإن کان المشهور علی الظاهر ذهبوا إلی مثل ذلک.

ثم إنه لو تحول العصیر إلی خمر غیر محترمه، واختلف فی القبض، علی القول باشتراطه، هل کان قبل الخمریه أو بعده، قدم قول مدعی الصـحه، سواء کان الراهن أو المرتهن، وذلک لأن الأصل فی المعاملات الصحه إلّا ما دل الدلیل علی البطلان، کما ذکره الشیخ المرتضی (رحمه الله) تبعاً للجواهر وغیره فی المکاسب.

ومنه یعلم أن تردد الشـیخ فی ذلک من البناء علی الظاهر ومن أن القبض فعل المرتهن فیقدم قوله فیه، غیر ظاهر الوجه، ولذا علق علیه الجواهر بقوله: وهو فی غیر محله، قـال: نعم لو کـان الاختلاف فی أصل القبض لا فی صـفته کان القول قوله لأصاله عـدمه، وهو کما ذکره الجواهر، لأن القبض إذا لم یعلم کان الأصل عدم القبض.

ولو اختلفا فی أنه هل أعطاه العصیر الذی إذا تحول خمراً تحول إلی

خـل، أو العصـير الـذى إذا تحول إلى خمر بقى خمراً ولم يتحول إلى خـل، فـادعى المرتهن الثانى لبطلان الرهن، وادعى الراهن الأول لصـحه الرهن، كان مقتضـى القاعده التحالف، لأن هنا دعويين متقابلتين، ولا يكون مع أحدهما الأصل بعد كون الصـغرى فى هـذه الـدعوى غير الصـغرى فى دعوى الطرف المقابـل، فهو كمـا إذا باعه شاه ثم اختلفا هل أعطاه الشاه أو اعطاه العنز، فقال كل واحـد قولاً خلاف الآخر، فلا أصل فى المسأله يؤيـد هذا أو يؤيد ذاك، حتى يكون من مصاديق البينه على المدعى واليمين على من أنكر.

ومما تقدم يظهر وجه النظر فى قول الشرائع المؤيد من قبل المسالك والجواهر وغيرهما، بأنه لو رهن من مسلم خمراً لم يصح.

فلو انقلب فى يـده خلاً فهو له، وعللوه باستيلاء يـده عليه، إذ الفرض كون الرهانه فاسـده، فهو حينئذ حال خليته مال لا مالك له، فهو كالمباحـات يملـك بالاستيلاء مع النيه أو بـدونها، على القولين فى الاستيلاء فى المباحـات، غير ظاهر الوجه، وإنما لو رهنه خمراً فانقلب فى يـده خلاً، فهو لمالكه والرهن صـحيح، لأن الخمر المحترمه ملك كما عرفت، ولعله لما ذكرناه قال الشـرائع بعد ذلك: على تردد.

وقـال فى الجواهر موجهاً له: بأنه قـد يناقش (قوله الأول) بأولويه الأول بالملك السابق، فلا تعارض له بالثانى بعـد ما سـمعت من الشـك فى كون مثله من المباحـات إن لم نقـل بأنهـا ليست منهـا، وبـأن فسـاد الرهانه لا ينافى كون اليـد للأول وأن المرتهن من فروعه، وخصوصـاً إذا كـانت الخمر محترمه، قـال: بـل فى جامع المقاصـد والمسالك أن الأقوى كونها للأول إذا كانت محترمه، بخلاف غير المحترمه، فإنه لا يد لأحد عليها.

أقول: ذلک فرع الخروج عن الملک، وقد عرفت أنه لا وجه للخروج عن الملک، لانصراف أدله الحرمه وعدم الملک المترتب علی الحرمه إلی الخمر التی لا ـ تخلل، وحیث إن الحکم تابع للواقع کما فی سائر الأحکام، إلّا ما خرج بدلیل خاص ولا دلیل مخرج فی المقام.

فإذا رهنه خلًا وسلمه إلیه، وکان مما ینقلب خمراً محترمه، صح وبقی الرهن ببقاء الملک، وإن سلمه خمراً محترمه صح أیضاً، وإن سلمه خمراً غیر محترمه لم یصح وإن زعم أنه خمر محترمه أو أنه خل، لأن الحکم دائر مدار الواقع ولیس دائراً مدار العلم والجهل کما فی سائر المواضع، سواء کان الرهن واقعاً علی العین الخارجیه، أو الرهن واقعاً علی الکلی وسلمه المصداق، لأن المصداق إنما یکون مصداقاً إذا کان خمراً محترمه أو خلاً ـ ینقلب إلی خمر محترمه، أما إذا کان فی وقت التسلیم للمصداق خمراً غیر محترمه فلا یصح.

وإذا کان خلًا ینقلب إلی خمر غیر محترمه، کان الکلام فیه کالکلام فیما یفسد بید المرتهن، مما قد تقدم بعض الکلام فیه، وأنه لا بأس بالقول بالصحه علی ما ذکرناه تبعاً للجواهر.

ثم قال الجواهر ممزوجاً مع الشرائع: نعم لیس کذلک لو جمع جامع خمراً مراقاً فتخللت فی یده، إذ الظاهر کونها ملکاً للثانی، بلا خلاف أجده فیه بین من تعرض له، دون الأول لإسقاط حق أولویته منها بالإراقه الظاهره فی الإعراض الذی یزیل حکم الملک الذی هو أقوی من الحق المزبور،

ولا يقدح حرمه الجمع على الجامع، إذ ليس حكمنا لملكه بالجمع المزبور، بل لاستيلائه على العين حال التخليل الذى صارت به مالاً ـ بلا مالك لتكون كالمباحات، مع أن الظاهر عـدم الحرمه لو أراد الجمع للتخليل، فإن الظاهر صـحه إبقائها وحفظها لـذلك، ومن ثم سميت محترمه إذ يحرم غصبها وإتلافها على من فى يده.

أقول: الخمر المراقه، سواء كانت محترمه أو غير محترمه، حيث أعرض المالك عنها لا بأس بجمعها.

أمـا فى الخمر المحترمه، فقـد عرفت أنها ملك، وعلى قول المشـهور حق، وأى مانع من جمع الملك أو الحق المعرض عنه، فهو كمـا إذا ألقى متـاعه فى الشـارع فأخـذه غيره، وقـد ذكرنـا فى كتاب إحياء الموات وغيره أن الإنسان إذا أعرض عن ملكه أو عن حقه، خرج عن الملك أو الحق، وحق لغيره أن يسـتملكه، لأنه صار مباحاً أصـلياً، وقد دل على ذلك الدليل، وهو المشهور شهره عظيمه.

أمـا إذا كان المراق خمراً غير محترمه، كان حاله حال ما إذا أطلق خنزيره الـذى لا يملك، فإنه لا دليل على أنه ليس للآخـذ حق الأولويه بالنسـبه إلى مـا لم يحرمه الشـارع، لأن الملـك شـىء والأولويه شـىء آخر، كمـا إذا كان له خمر احتاج إليها فى الـدواء الضـرورى مما أباحه الشارع، أو كان عنـده خنزير مما حرّم الشارع أكل لحمه، لكنه يريـده للسـقى بسـببه مكان الدابه التى تربط بالناعور وما أشـبه، فإن القول بحرمه الجمع للخمر وأخذ الخنزير بهذا القصد، مما يأتى منهما ما قصده، لا إذا لا يأتى، لا وجه له، لأنه لا دليل على الامتناع الشرعى أو العقلى

فی هذه الحاله.

ویؤید ذلک أنهم ذکروا صحه جعل جلد الخنزیر دلواً للسقاء، وصحه جعل شعر الخنزیر حبلاً، وکذلک ذکر بعضهم صحه جعل شحم الخنزیر لأجل طلی السفینه أو الاستصباح عند من لا یقول بحرمه الاستصباح بالدهن النجس.

بل وکذا إذا کانت عنده خنازیر یجعل لحومها لکلابه، أو لحیوانات حدیقه وحشه، أو ما أشبه ذلک، مما لم یدل الدلیل علی الحرمه، بل دلّ الدلیل علی الجواز، کما فی بعض الروایات بالنسبه إلی الاستقاء بجلد الخنزیر والانتفاع بشعره حبلاً، فأی فرق بین الخمر وبین الخنزیر، فإن الدلیل إنما دلّ علی الحرمه لشرب الخمر أو استعمالها فی الأمور التی نهی عنها الشارع، ولا دلیل علی الحرمه فی سواه.

وعلیه فکما یحرم غصب أو إتلاف الخمر المحترمه بلا إشکال ولا خلاف، وأن المتلف والغاصب ضامن، کذلک یحرم غصب أو إتلاف الخنزیر الذی فیه حق الأولویه، وکذلک غصب أو إتلاف الخمر التی فیها حق الأولویه علی النحو الذی ذکرناه.

وأما ما ورد من إراقه الخمر، وأن أصحاب رسول الله (صلی الله علیه وآله) لما نزلت آیه التحریم أراقوا خمورهم، أو ما ورد من أن بعض الأصحاب أراق خمور معاویه التی کانت تهدی إلیه، وما أشبه ذلک، فإنما هو فی الخمر التی لا ینتفع بها إلاّ فی الجهه المحرمه، ولامنافاه بین الأمرین.

نعم، قد ذکرنا فی بعض الکتب الفقهیه: إن جواز بیع الخمر والخنزیر للکافر یلزم أن یکون مقطوعاً بالعدم، وإن قلنا بجواز ذلک بالنسبه إلی المیته والمحرمات من الذبیحه بالنسبه إلی من یستحل بدلیل «بیع ممن یستحل».

ص:۲۸۸

وغيره مما ذكرناه فى كتاب الأطعمه والأشربه، ففرق بين الأمرين، إذ أن بيع الخمر والخنزير من المسلم للكافر أو من يرى الجواز من العامه فرضاً خلاف أدله حرمتهما حرمه ملازمه لحرمه البيع ونحو ذلک عرفاً، على ما فصلناه فى موضعه.

ثم إنه لو غصبه خلاًّ، فصار فى يد الغاصب خمراً محترمه، فإنه إذا سبب الإبقاء فى يده نقصان القيمه بالخمريه ضمن التفاوت، كما أنه إذا أبقاه فى يده حتى انقلب إلى خمر غير محترمه ضمن المثل أو القيمه على ما هو مذکور فى کتاب الغصب.

ولذا قال فى الجواهر: إن الخل ملک للمغصوب منه فيرجعه إليه فى حال الخليه، أو فى حال الخمريه المحترمه، ويرجع أرش النقصان معه لو قصرت قيمته عن العصير، بل الظاهر وجوب دفعه إليه فى حال الخمريه لأولويته، وإمكان إراده تخليله إلاّ أن يعلم إرادته منه الشرب فلا يجوز، ويرد معه مثل العصير لإمكان عدم انقلابه خلا، فإذا عاد رده إليه، لأنه قد عاد ملكه إليه وإن تغيرت صورته.

أقول: إذا غصب منه الخمر المحترمه إنما لا يجوز رده إليه من باب دفع المنكر، أما أنه لا يملک قيمته أو مثله المالک، فلا دليل على ذلک، وإنما يجب عليه حينئذ أن يبيعه ممن يخلله ولا يشربه خمراً، ويسلم ثمنه أو مثله إلى المالک، لأنه ملكه، وإراده شربه لا تخرج الملک عن ملک مالكه، فهو مثل ما إذا علمنا بأنه يريد القتل بهذا السكين لإنسان محترم الدم، فإن علينا أن نأخذ السكين من يده، لكن السكين يبقى ملكاً له، فعلينا أن نرد إليه قيمته أو مثله، مما

لا يكون صالحاً للقتل، إلى غير ذلك من الأمثله.

وإذا رهنه خمراً محترمه فتخللت فى يده فارتفعت قيمتها، كان ذلك رهناً أيضاً، ولا حق للمالك فى استراجاع بعضه بحجه أنه رهنه فى حال نقص القيمه والآن صارت القيمه أكثر، كما ذكرنا مثله فى صوره ارتفاع القيمه السوقيه.

قال فى الشرائع: ولو رهنه بيضه فأحضنها فصارت فى يده فرخاً، كان الملك والرهن باقيين، وكذا لو رهنه حباً فزرعه.

وقال فى الجواهر: بلا إشكال فى كل منهما.

أما الأول: فلأن هذه الأشياء نتيجه ماله ومادتها له، فلم تخرج عن ملكه بالتغيير.

وأما الثانى: فلأن الرهن تابع للعين، كيف ما تغيرت وتنقلت، إذ هو مشابه لصفه الملك فى ذلك، وليس معلقاً على اسم البيضه والحب حتى يزول بزوال الاسم كما هو واضح، وهو كما ذكره.

ومنه يعرف أنه لو رهنه الصوف فجعله نسجاً، أو رهنه التراب فجعله لبناً، أو الفسيل فجعله شجراً، أو الذهب فجعله مصوغاً، أو الماء فجعله ثلجاً، أو الثلج فجعله ماءً، أو الملح ونحوه فجعله مذاباً، أو اللحم فجعله مطبوخاً أو مثروماً، أو ما أشبه ذلك، فإن فى كل هذه الصور الرهن باق على حاله، لأن التغيير الحاصل لا يوجب ذهاب العين الموجب لذهاب الرهن، وكذلك إذا رهنه القماش فخاطه ثوباً، أو القلم فبراه، أو نحو ذلك.

أما إذا رهنه الدار فهدمها، أو الخشب فجعله قطعاً صغيره، أو الدابه فقتلها كالفيل، حيث لمقتوله قيمه أيضاً، أو الحيوان المأكول اللحم فذبحه وجعله فى الثلاجه، مما لا ينقص قيمته بسبب الذبح، بل أحياناً يزداد، فالظاهر

التوقف على صدق الاسم، ففى الدار مثلاً الأنقاض التى لا قيمه لها لا تبقى رهناً، وإنما يبقى الرهن الأرض الباقيه إذا كانت مرهونه مع البناء، وهكذا تبقى الأنقاض النافعه كالأخشاب والشبابيك والآجر ونحوها مرهونه أيضاً، لأن الهدم لم يسبب الخروج عن ملك المالك، وإنما تغير الاسم كتغيير الخشب باباً، وكتغيير القماش ثوباً، والذهب المصوغ مذاباً، والثوب المخيوط مفصولا، والغزل المبروم منقوضاً، إلى غير ذلك.

ثم إنه إذا غير المرتهن الشىء إلى شىء آخر، فالظاهر أنه إن ازدادت القيمه يشترك المرتهن مع الراهن فى القيمه التى ارتفعت بسبب عمل المرتهن.

مثلًا لو رهنه الخشب فجعل منه باباً، وكان الخشب بعشره، فلما جعل باباً أصبح بعشرين، اشترك المرتهن مع الراهن فى العشره، لأن لكل امرئ سعيه، وإن لم يرض بذلك الراهن، فإن التصرف وإن كان حراماً، لكن ذلك لا ينافى الحكم الوضعى بالملك، وهكذا فى أمثال ذلك، وإن كان الفقهاء لا يقولون هذا الشىء بالنسبه إلى الغصب، كما هو مذكور فى كتاب الغصب، وقد ذكرنا تفصيله هناك.

ثم إن الجواهر قال: احتمال تعلق الرهن بمقدار الحب من الزرع وغيره ظاهر الفساد، ولا خلاف أجده فى شىء من ذلك، إلّا ما يحكى عن الشيخ وبعض العامه من تسبيب هذه التغييرات الملك للقابض، تنزيلاً للعين منزله التلف، فغايته ضمان المثل أو القيمه، وضعفه واضح، كما هو محرر فى باب الغصب، انتهى.

وهو كما ذكره، إذ البيضه المرهونه إذا صارت فرخاً، العرف يرى أن

الفرخ هو البيضه، وكـذلك إذا رهنه الأنقـاض فصـنع منهـا بنـاءً، فـإن الـدار المبنيه عبـاره أخرى عن تلك الأنقاض بزياده الهيئه، والهيئه ليست شيئاً تخرج عن ملك المالك، حتى يوجب أن الرهن يكون لبعض الشىء لا لبعضه.

نعم، مقتضـى القاعـده أن مقدار اشتراك المرتهن مع الراهن فى الشـىء بعد تغييره لا يكون رهناً، لأن ملك الإنسان عند نفسه لا يكون رهناً، مثلاً إذا رهنه الحب فجعله أشجاراً، فإن الأشجار تكون مشتركه بين المرتهن والراهن، وبمقدار حصه المرتهن فيها لا يكون رهناً، ولعل الشيخ نظر إلى ذلك فيما ذكره، فهو يكون على القاعده، فتأمل.

وبالطريق الأولى لا يخرج عن الرهن ما لو زادت القيمه السوقيه بفعل المرتهن، كما إذا نقله من بلـد إلى بلد وكان فى البلد الثانى التضـخم مما زادت قيمته على الضـعف مثلاً، فإن الزائد للمرتهن حسب القاعده، حيث إن الزياده حصلت بسعيه وعمله، فمقتضى أن (ليس للإنسان إلّا ما سعى) أنه له، لا للمالك، وإن كانت العين لم تزد.

وأما إذا زادت القيمه من جهه أخرى، كما إذا رهنه مصـراع باب فجعل له مصراعاً ثانياً، حيث إن المصراع بدرهم أما المصراعان فبخمسه دراهم، فالظاهر أن الزياده الحاصـله لهما، لا للمرتهن، لأن الزياده الحاصـله تابعه للمصراعين، فالمصراع الأول له مدخليه فى نصف الزياده، كما أن المصراع الثانى له مدخليه فى نصف الزياده أيضاً.

فلاـ يقـال: إن صـنع المصـراع الثـانى أوجب أن تكون القيمه خمسه، بينمـا قيمه المصـراع الأول واحـد، فاللازم أن تكون الأربعه للمرتهن، ولا ربط للراهن

فی شیء من الثلاثه الزائده علی المصراع الأول الذی هو بدرهم، اللهم إلّا أن یقال: إن کل الزیاده حصل بفعل المرتهن.

ثم إنه یؤید ما ذکرناه من أن الزیاده، سواء کانت فی القیمه أو فی العین للمرتهن الذی زاد الشیء، ما رواه عقبه بن خالد، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام)، عن رجل أتی أرض رجل فزرعها بغیر إذنه، حتی إذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض، فقال: زرعت بغیر إذنی فزرعک لی، وعلی ما أنفقت، أله ذلک أم لا؟ فقال (علیه السلام): «للزارع زرعه، ولصحاب الأرض کری أرضه».

وقد ذکرنا فی کتاب الغصب بعض الروایات الأخر أیضاً.

قال فی مفتاح الکرامه: والشهره تجبر السند والدلاله، وهو کما ذکره، إذ الشهره قائمه علی ذلک، وإنما ذکرنا أن الروایه مؤیده، لأن الروایه لا تدل علی کل ما ذکرناه، وإنما علی بعض ما ذکرناه.

نعم، یبقی الکلام فی أنه هل الزرع مطلقاً للزارع وعلیه الأجره، أو أن الزرع إنما یکون للزارع إذا لم یر العرف الاشتراک فیه، وإلا کان بین صاحب الأرض وبین صاحب الحب ونحوه، لأن هذه الشجرات التی تکون الآن فی الأرض هی حصیله الحب للزارع والأرض للمالک والماء لصاحب الماء، وأحیاناً لصاحب العمل أیضاً کالفلاح ونحوه، کما ذکرنا شیئاً من ذلک فی کتاب المزارعه، ومحل تفصیل الکلام کتاب الغصب، إذ من الأرض ومن الماء صار فی جسم هذه الأشجار، وإلا فمن أین النماء، ومن أین الرواء الموجود فی الشجر، لا یبعد الثانی.

ص:۲۹۳

مسأله ۴۱ کیف یقطع النزاع فی التشاح

(مسأله ۴۱): قال فی الشرائع: إذا رهن مشاعاً وتشاح الشریک والمرتهن فی إمساکه انتزعه الحاکم وآجره إن کان له أجره، ثم قسمه بینهما بموجب الشرکه، وإلا أستامن علیه من شاء، قطعاً للمنازعه.

وعلق علیه فی المسالک بقوله: لا ـ فرق بین اختلافهما فی إمساکه لأجل القبض، وإمساکه لأجل الاستیمان إلی أن یحل الأجل، فإن الحاکم ینصب له عدلاً لیقبضه عن الرهن، ولیکن بإذن الراهن للأمانه، لکن مقتضی القاعده أن لیس للحاکم انتزاعه منهما مطلقاً، إذ لا وجه له، فإن الحاکم معد لقطع النزاعات بأقل قدر من مخالفه «الناس مسلطون علی أموالهم وأنفسهم» لأن تسلط الناس محکم إلّا بقدر الضروره، وقدر الضروره هو قطع النزاع، وإنما یستثنی قدر الضروره للشهره المحققه المستفاده من قوله (علیه السلام): «فإنی قد جعلته علیکم حاکماً»((۱)).

وفی روایه أخری: «قاضیاً»((۲))، إلی غیر ذلک، کما ذکرناه مفصلاً فی کتاب القضاء وغیره.

وعلیه، فنزعه منهما إذا لم یتوقف قطع النزع علی ذلک لا دلیل له، ولعل الشرائع أراد صوره توقف قطع النزاع علی ذلک.

أما ما فی الجواهر من قوله: انتزعه الحاکم وقبضه لهما بنفسه، أو نصب عدلاً یکون فی یده لهما، بل قد یقال بجواز نصب أحدهما لذلک، لکن لا یخلو من إشکال، فیرد علیه أن التخییر بین جعل قبضه لهما ونصب العدل إن أراد الطولیه فلا بأس، وإن أراد العرضیه کما هو ظاهره ففیه نظر، حیث إن التقبیض

۱- الوسائل: ج۱۸ ص۹۸ الباب ۱۱ ح۱، والتهذیب: ج۶ ص۳۰۱ ح۵۲

۲- الوسائل: ج۱۸ ص۴ الباب ۱ ح۵، التهذیب: ج۶ ص۲۱۹ ح۸

لهما مقدم على نصب العدل لما عرفت، وكذلك إن أراد فی جواز نصب أحدهما لذلک مطلقاً كان قوله لا يخلو من إشكال موجهاً، أما إذا أراد فی الجمله فلا بأس به.

كما أنه إذا كان أحدهما أميناً ومعتمداً عند الحاكم ولم يكن هنالك عدل آخر، ولم يكن الآخر أميناً، فصور المسأله ست:

ثلاث فيما إذا كان يوجد العدل.

الأولى: العدل موجود، ولا أمين منهما، فإنه يسلمه إلى العدل بلا إشكال.

الثانيه: العدل موجود، وكلاهما أمين، ومقتضى القاعده أنه يسلمه إليهما إن أمكن، فإنه لا وجه للعدل بعد إمكان تسليط أحد صاحبی الحقين على الشیء.

كما لا وجه لتسليم أحدهما فقط بعد كون كليهما أميناً، فإن أمكن المهاياه أو إعطاؤه لهما فهو جمع بين الحقين، وإن لم يمكن أيهما سلمه إلى أحدهما مطلقاً أو بالقرعه، لأنها لكل أمر مشكل، وقد عرفت أن اللازم مراعاه «الناس مسلطون»((۱)).

الثالثه: أن يكون أحدهما أميناً، وينبغی أن لا يكون إشكال فی تسليمه إلى الأمين منهما، لا إلى العدل، إذ لا وجه لقطع سلطته، بعد أن السلطه لغير الأمين منهما منقطعه لعدم الأمانه، فالأمر دائر بين تسليط الأمين على الشیء وتسليط العدل الذی لا حق له، فتسليط أحدهما مقدم على تسليط العدل.

أما مع عدم وجود العدل، فإذا كان أحدهما أميناً سلمه إليه متعيناً، وإذا كان كلاهما أميناً سلمه إليهما معاً أو مهاياه كما تقدم.

وإذا لم يكن أمين، فإن تمكن الحاكم من حفظه بنفسه فهو، وإن لم يتمكن الحاكم من حفظه بنفسه اضطر إلى مثل البيع ونحوه، وإعطاء كل ذی حق حقه، أی يعطی نصف المشاع مثلاًـ إلى الشريک ونصف المشاع إلى المرتهن إذا لم يمكن جعل المشاع جزئين.

۱- البحار:ج۲ ص۲۷۳

أما إذا أمكن جعل المشاع جزئين بإعطاء جزء لهذا وجزء لذاك، فهو مقدم على البيع ونحوه.

ومن ذلك يظهر وجه النظر في قول الجواهر: بل لعل الظاهر أن للحاكم من حيث الحكومه المعده لقطع النزاع انتزاعه منهما ونصب أمين عليه، وإن اتفقا معاً على عدم الرضا بذلك ما لم يتفقا على ما يحصل به قطع النزاع بينهما، والأصل في ذلك وغيره من الأحكام المتصوره في المقام قوله (عليه السلام): «فإني قد جعلته عليكم حاكماً»((١)). إذ الحاكم هو المعد لقطع مثل ذلك الذي يجب على الشارع حسم مادته لما يترتب عليه من المفاسد، انتهى.

إذ فيه ما عرفت من أنه إذا لم يتفقا على ما يحصل به قطع النزاع بينهما، فليس مطلقاً يتمكن الحاكم من نصب أمين عليه، وإنما هو في بعض الصور، فإطلاق الجواهر محل نظر.

أما قوله الآخر: وقد يظهر من لفظ النصب في جمله من عبارات الأصحاب كون العدل قيماً لا وكيلاً عنهما ولا عن الحاكم، فلا يزول حكم قبضه بخروج الحاكم أو المرتهن أو الشريك عن بعض صفه التوكيل، ومثله لو كان التشاح بين الشريكين في أصل القبض للمال المشترك والاستئمان عليه، انتهى.

فيرد عليه: إن خروج الحاكم عن الصفه يوجب انتقال الأمر إلى الحاكم بعده، فإن رأى الإبقاء على فعل الحاكم الأول أبقاه، وإلا لم يكن له وجه، إذ لا دليل على أن الحاكم له نفوذ حتى بعد خروجه عن التأهل بموت أو جنون أو فسق أو عزل أو ما أشبه، كما ذكرنا بعض التفصيل لهذا الكلام في كتاب إحياء الموات، وذكرنا في كتاب القضاء وغيره أيضاً أن الحاكم الجديد يلزم

١- الوسائل: ج١٨ ص٩٨ الباب ١١ ح١

علیه ملاحظه بعض الأحکام للحاکم السابق، وأنه لا ینفذ أحکام الحاکم السابق إلاّ بقدر تنفیذ الحاکم الجدید لها، إلاّ فی موارد فصل الخصومه ونحوه، فإن فی هذه الموارد قضاء الحاکم السابق منفذ غالباً.

وکیف کان، فإذا جعله الحاکم فی ید عدل أمین غیر هذین، مقتضی القاعده أنه إذا تراضیا بینهما، کان اللازم إرجاع الشیء إلیهما من قبل الحاکم وسلبه من ید الأمین، لأن الأمین إنما کان لأجل النزاع، فإذا ارتفع النزاع کان اللازم تسلیم بعض المال إلی مالکه، لمقتضی «الناس مسلطون» وتسلیم الرهن إلی المرتهن.

ومقتضی ما ذکرناه أنه إذا کانا غیر أمین، ثم صار أحدهما أمیناً، کان الحکم هکذا أیضاً، یعنی یلزم علی الحاکم أن ینتزعه من الأمین ویسلمه بید أحدهما الذی أصبح أمیناً، لأنه مقتضی (سلطه الناس علی أموالهم).

نعم قول الجواهر: إن حکومه الحاکم لا۔ تختص بما کان من الأمر بالمعروف والنهی عن المنکر، بل هو أعم من ذلک، ضروره عدم المعروف فی الفرض، إذ لا یجب علی أحد الشریکین الإذن للآخر فی القبض، أو لمن یریده أحدهما، فتشاحهما لا معصیه من أحدهما، وربما تکون المصلحه لکل منهما فی عدم استئمان الآخر، بل ربما یکون ضرر علی کل منهما بذلک، انتهی.

هو مقتضی القاعده، إذ معنی جعله حاکماً أنه یعمل ما یعمله سائر الحکام الزمنیین، فإن الحاکم موضوع عرفی، فاللازم أن نری فی الأعراف غیر المتشرعه أنه کیف یکون الحاکم، فنجعل للحاکم الشرعی أیضاً نفس تلک الأحکام، وقد أشرنا إلی ذلک فی کتاب القضاء، فسلطه الحاکم لا تنحصر فی

دائره الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، أو الدفع للمنكر، وإنما سلطته أعم من ذلك، حيث إن له الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر كسائر الناس، وإن له قطع المنازعات حسب جعله حاكماً من قبل الشارع.

ثم إن قول الشرائع: آجره إن كان له أجره، انتهى. الظاهر أنه لا يريد بالأجره خصوص الأجره بما هى أجره، وإنما يريد الأعم من الصلح على الأجره أو الإجاره أو ما أشبه، كالهبه المشروطه ونحوها، إذ لا خصوصيه للإجاره بما هى إجاره، كما هو واضح.

ولعل مراد الشرائع صوره ما أراد كلاهما، لاصوره عدم إراده كليهما.

أما إذا أراد أحدهما الأجره ولم يرد الآخر، فالظاهر أن مريد الأجره مقدم، لأن من لا يرد الأجره إنه يريد فوات حقه، بينما من يريد الأجره يريد الأخذ بحقه، ولا يصح توى حق هذا المريد لأجل حق ذلك الإنسان الذى لا يريد، بمقتضى (تسلط الناس على أنفسهم)، فإن الحق الأقوى يقدم على الحق الأضعف.

وإنما يقدم حق مريد الأجره مطلقاً إذ لم يمكن المهاياه، أما إذا أمكن المهاياه قدمت المهاياه، لأنها جمع بين الحقين، ولذا قال فى الجواهر: فإن لم يطلبه أحد منهم أبقاه من دون إجاره، وإن طلبه أحد الشريكين دون الآخر هايا بينهما، فيؤجره فى مده الطالب دون الآخر، و'ن طلبه المرتهن توقف على إذن الراهن، وكذا العكس، انتهى.

لكن يرد على قوله: وكذا العكس، أنه إن طلب الراهن الأجره لا حق للمرتهن فى المنع إذا لم يكن الإيجار ضاراً بالوثاقه، كما تقدم مثل هذه المسأله فى أن للراهن الانتفاع بالرهن إذا لم يكن ضاراً بحق المرتهن.

ومما تقدم ظهر وجه النظر فى تردد صاحب الجواهر أخيراً بقوله: فإن قيام

قبض الحاكم مقام قبض المرتهن مع عدم التوكيل لا يخلو من بحث، بل لا يخلو أصل ثبوت ولايته فيما يقطع به النزاع اقتراحاً مع فرض عدم معصيه من أحدهما دعواه منه أيضاً، وإن كان ظاهر الأصحاب فى المقام ونظائره ذلك، لإطلاق الأدله فى كونه منصوباً لذلك، ولأن مجارى الأمور بيده، وأولويته من الحكمين فى نزاع الزوجين وغير ذلك، انتهى.

وجه النظر أنه كما تقدم جعل الحاكم لقطع المنازعات وما أشبه، ولا معنى لتوقف الأمر على النهى عن المنكر أو الأمر بالمعروف، وإلا فإذا كان زوجان أحدهما يرى أنها زوجه، والأخرى ترى أنه ليس بزوج، يترك الشارع النزاع بينهما إن لم يكن هنالك أمر بمعروف ونهى عن المنكر، وضرورى أنه ليس كذلك، وكذلك فى سائر الأمور المرتبطه بالحاكم الشرعى على ما ذكر فى مبحث ولايه الفقيه، كما فى مكاسب الشيخ وغيره، وإن كان الشيخ (رحمه الله) تبعاً لبعض الفقهاء الآخرين ضيق الدائره، مما نرى أن الدائره فى ولايه الفقيه أوسع، والله سبحانه العالم.

ثم إنه إذا أمكن المهاياه فى نفس الشىء المشاع، بأن يسلمه الحاكم للشريك أسبوعاً، ويسلمه للمرتهن أسبوعاً مثلاً، قدم المهاياه فى التسليم إليهما، إذا لم يكن محذور، على إيجار ذلك الشىء، وجعل الأجره لهذا ولهذا، كما أنه كذلك إذا أراد أحدهما الأجره وأراد الآخر عدم الأجره، فإنه يعطى لهذا مره فيؤجره، ويعطى لهذا مره فلا يؤجره، لقاعده تسلط الناس على أموالهم، فلا يفعل الحاكم خلاف السلطه إلاّ بقدر الضروره على ما عرفت.

ولو سلم الشريك والمرتهن فى الدفع إلى العدل، لكن لم يرضيا بالدفع

لعدل خاص، وإنما طلبا عدلاً آخر، ولم يكن للحاكم محذور في التسليم إلى ما طلبا، قدم طلبهما على اقتراحه، لأن طلبهما مقتض لتنفيذ سلطتهما بالقدر الممكن، كما هو واضح.

كما أنه إذا لم يرض أيهما التسليم إلى العدل الخاص كان له ذلك، حيث إن كليهما ذو حق، ولا يجوز رفع اليد عن طلبه، لأنه توى حق الرجل المسلم، وقد ورد: «لا يتوى حق امرئ مسلم»((١)).

ص:٣٠٠

١- الغوالي: ج١ ص٣١٥ ح٣٦

مسأله ۴۲ إذا مات المرتهن

(مسأله ۴۲): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: إذا مات المرتهن انتقل حق الرهانه إلی الوارث بلا خلاف ولا إشکال، فإن امتنع الراهن من استئمانه کان له ذلک، وإن کان المرتهن مؤتمناً سابقاً، لبطلان ذلک بالموت، فإن اتفقا علی أمین وإلّا استأمن علیه الحاکم، انتهی.

أقول: قد تقدم بعض الکلام فی ذلک سابقاً، کما أنه ظهر من المسأله السابقه أن إطلاق قوله: فإن اتفقا علی أمین وإلا استأمن علیه الحاکم، محل نظر، إذ إذا لم یتفقا علی أمین وأراد أحدهما زیداً ولم یرده الآخر، ولم یریدا عمرواً الأمین للحاکم، لا وجه لتقدیم عمرو الذی لا یریدانه علی زید الذی لا یریده أحدهما، بل اللازم إعطاؤه لزید، لأنه مورد ثقه أحدهما، ومورد ثقه الحاکم فرضاً، أما عمرو فإن تسلیمه إلیه خلاف سلطنه کلیهما، ودلیل: «الناس مسلطون» یقتضی تقدیم تسلیط أحدهما علی ترک تسلیط کلیهما.

أما إذا لم یمت المرتهن، وإنما خرج عن الاستئمان بجنون أو ما أشبه، فإنه لا ینتقل الحق إلی الوارث، بل الحق له، وللقیم أن یتصرف فیه حسب الحق، فإن کان له قیم أو ولی سلم إلیه، وإن لم یکن له قیم أو ولی صارت المسأله مسأله الرجوع إلی الحاکم فی تسلیط أمین علیه.

أما إذا کان للمرتهن المیت وارثان مثلاً فرضی الراهن إیداعه من أحدهما ولم یرض إیداعه من الآخر، فإن وافق الآخر فی الإیداع من الوارث المرضی للراهن فهو، وإن لم یرض بأن صار التنازع بین الراهن والوارث حسم الحاکم الأمر حسب ما یراه صلاحاً.

ص:۳۰۱

مسأله ۴۳ إذا فرط فی الرهن

(مسأله ۴۳): قال فی الشرائع: إذا فرط فی الرهن وتلف لزمته قیمته یوم قبضه، وقیل: یوم هلاکه، وقیل: أعلی القیم.

أقول: أما یوم القبض، فقد قال فی الجواهر: لم نعرفه لغیره، بل عن جماعه الاعتراف بمجهولیه قائله، وإن أرسله فی القواعد وربما أراد المصنف، کما أنه لم نعرف له وجهاً یعتد به ضروره عدم کون العین مضمونه قبل التفریط.

وأما القول الثانی: وهو یوم الهلاک، ففی الجواهر: بل لعله خیره الأکثر، کما اعترف به فی المسالک، لأنه یوم الانتقال، إذ قبله کان الخطاب منحصراً فی رد العین.

وأما الثالث: وهو أعلی القیم، فوجهه ما ذکروه فی کتاب الغصب، من أن الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال.

ثم قال فی الجواهر: نعم، قد یقوی ضمان أعلی القیم من حین التفریط إلی حین التلف، کما عن المختلف والصیمری وابن فهد، لأنه حینئذ کالغاصب، ولتضرر المالک بما فات فی یده من تفاوت القیمه.

أقول: لا وجه لیوم القبض، إذ لیس یوم القبض یوم الضمان، لفرض أنه أخذه أمانه مالکیه، فلماذا لا یضمن، کما لا وجه لیوم الهلاک، وذلک لأن یوم الهلاک یوم الانتقال إلی الذمه فیبقی الشیء فی الذمه، لا أنه ینتقل إلی القیمه، فلو غصب شاه وأتلفها انتقلت الشاه إلی الذمه، فالمالک یطالبه بالشاه.

فإذا کانت قیمه الشاه یوم التلف عشره ویوم التسلیم عشرین، لزم علیه أن یسلم العشرین، لأنه یوم انتقال الشاه من الذمه إلی العین الخارجیه، کما لا وجه لأعلی القیم، فإذا کان یوم التسلم للرهن عشره، ویوم التفریط خمسه، وتلف فی هذا الیوم، لم یکن الخمسه بین یوم التسلم وبین یوم التفریط مضموناً،

لأنه أمانه مالكيه، فلما ذا يقال بأعلى القيم.

أما أعلى القيم من حين التفريط إلى حين التلف، كما ذكره جماعه تقدم أساميهم، فلأنه إذا كان أعلى القيم فی یوم التفريط كان مضموناً، وإذا كان في يوم التلف كان مضموناً، وإذا كان بين ذلك كان مضموناً، فهو وإن كان مقتضى القاعده، لكن ربما يحتمل أن اللازم إعطاء أعلى القيم من حين التفريط إلى حين التسليم.

مثلاً ـ رهن زيد دابته في أول رمضان، وكانت مده الرهن إلى أول محرم، وتلفت الدابه بالتفريط في أول ذی القعده، فإنه إذا ارتفعت قيمه الدابه من حين التفريط إلى أول محرم، كانت القيمه مضمونه على المرتهن الذی أتلفها، حيث إنه إذا لم يكن قد أتلفها كانت الدابه تبقى وترتفع قيمتها ارتفاعاً سوقياً، أو ارتفاعاً بسبب السمن الذی لا يكلف المالك شيئاً فرضاً، لأن الدابه ترعى في العشب المباح.

إذ عرفاً يقال: إنه هو الذی خسّر المالك هذا التفاوت، فإذا كانت عشره فی أول ذی القعده، وكانت إذا تبقى إلى أول محرم صارت عشرين لقيمه سوقيه مرتفعه، حيث أيام الزياره مثلاً فی عرفه، أو لأنها تسمن بمناسبه رعيها العشب، صدق عرفاً أنه سبب ضرر المالك الراهن، فيصدق عليه «لا يتوى حق امرئ مسلم» وغيره، وهذا وإن كان محتملاً، لكنهم لا يقولون به، اللهم إلّا أن يقال: قولهم بأشق الأحوال يشمله.

وبذلك ظهرت الصور الخمس للمسأله:

وهی البقاء عيناً وقيمةً بدون ارتفاع أو انخفاض إلى يوم التلف، والزياده قيمةً، أو عيناً، والنقيضه بالهزال عيناً، أو في القيمه السوقيه.

ص:٣٠٣

وکـذلک الصـور الأـخر من یوم التلف إلی یوم انقضـاء الرهن، أو یوم التسـلیم للبقـاء عینـاً أو قیمهً، أو الارتفـاع فی أحـدهما، أو الانخفاض فی أحدهما.

وفی الموضع المشـتبه الحکم الأحوط التصالح، من جهه عدم قول الفقهاء بذلک من ناحیه، وصدق أنه سـبب إضاعه حق الراهن من جهه أخری، فیشمله: «لا یتوی حق امرئ مسلم»[(۱)]، وقد ذکرنا تفصیل الکلام فیه فی باب الغصب.

وکیف کان، فقد ظهر بذلک ضـعف الأقوال الأخر، مثل القول بضـمان أعلی القیم من حین القبض إلی حین التلف، وإن قال فی المسالـک: إنه نسب إلی الشـیخ فی المبسوط، وعن الصـیمری إنه قول المشـهور، نقله فخر الـدین واختـاره، بـل فی الریـاض: إنه مشـهور فی المصـنفات، ولعله أحوط وأجود، إمـا لکونه کالغاصب فیؤخـذ بأشق الأحوال، أو لاقتضاء شـغل الـذمه الیقینی البراءه کذلک، ولا تحصل إلاّ بذلک کذا فی الجواهر.

وکذلک ظهر ضعف ما عن الإسکافی من أنه أعلی القیم من یوم التلف إلی یوم حکم الحاکم علیه، أو إلی المطالبه بها، کما فی نقل آخر عنه، اللهم إلاّ أن یرید الإسکافی ما ذکرنا من أنه مقتضی القاعده.

أما إذا نقص عین الرهن، فله ثلاثه أحوال:

فإمـا أن تزداد العین قیمه، أو تبقی علی قیمتها، أو تنقص من قیمتها، مثلاً إذا قطع لیه الغنم فازدادت القیمه بسـبب أن الغنم الثقیل اللیه لاـ یتمکن من المشـی والحراک، وبـذلک سـبب له ارتفـاع القیمه، بـأن صارت قیمته من عشـره إلی إحـدی عشـره، فالظاهر الضمان لکل الإحدی عشره، مضافاً علیه قیمه اللیه التی باعها من کافر یحلل ذلک، أو باعها من مسلم

۱- الغوالی: ج ۱ ص۳۱۵ ح۳۶

للاستصباح أو الصابون أو الطلى للسفن أو ما أشبه ذلك.

أما إذا نقصت القيمه بأن صارت التسعه بعد أن كانت عشره، فإنه ضامن للنقص أيضاً إذا فرط، وكذلك إذا بقيت القيمه بلا زياده أو نقيصه، فإنه يعطيها بإضافه قيمه الليه إذا كانت لها قيمه، سواء باعها أو أتلفها.

نعم، قد ذكرنا فى كتاب الغصب أنه يحتمل أن يكون النقص الموجب لزياده القيمه سبباً لشراكه الغاصب، لأنه هو الذى سبب الزياده فله سعيه، وإن كان آثماً فى التصرف فى مال الغير بغير إذنه، لكنهم لا يقولون بذلك، وإن كان هو متقضى القاعده.

وكيف كان، فلو اختلف الراهن والمرتهن فى القيمه المضمونه بالتفريط، فالقول قول المرتهن، لأصاله البراءه من الزائد، فيكون منكراً عليه اليمين، وعلى الراهن الذى هو المدعى البينه، حسب قوله (صلى الله عليه وآله): «البينه على المدعى واليمين على من أنكر»((1)).

وهذا هو الذى اختاره المحقق فى الشرائع وتبعه الشهيدان والعلامه، بل حكى عن الحلى القول بذلك قبلهم، خلافاً للقول الآخر، وهو كون القول قول الراهن، وهو المنسوب إلى الأكثر كما عن الدروس، بل عن الغنيه الإجماع عليه، وحكى عن الشيخين والقاضى والديلمى والتقى وابن حمزه، وعللوه كما فى الجواهر وغيره بأن المرتهن خائن بتفريطه، فلا يقبل قوله، وفيه نظر واضح، إذ قبول قوله لإنكاره، فلا ربط له بأمانته التى ارتفعت بسبب الخيانه.

ثم إنه لو فرض العكس بأن قال الراهن: إنه أقل قيمه، لملاحظه مثل أن الجائر يأخذ الضرائب التصاعديه مثلاً، أو يرى الراهن ذلك حقيقه، ويقول

١- الوسائل: ج١٨ ص ١٧٠ الباب٣ من أبواب كيفيه الحكم ح١، والمستدرك: ج٣ ص١٩٩ الباب٣ من كيفيه الحكم ح٤

المرتهن: إنه أعلى قيمه، فلا شك فى أن القول قول الراهن من جهه أصل عدم الزياده، ومن جهه أصل إقرار العقلاء على أنفسهم.

لا يقال: يسقط الأصل الثانى بأنه لا يكون الإقرار على نفسه بل لنفسه، حيث إنه إذا اعترف بالزياده أخذ منه الضريبه التصاعديه، كما هو المعمول الآن فى كثير من بلاد العالم.

لأنه يقال: الإقرار على نفسه وإن كان مستلزماً، لا لنفسه.

قال فى الجواهر: ولو كان المتلف أجنبياً وصدقه الراهن فى دعوى القله لم يكن للمرتهن سبيل عليه، مع احتمال توجه اليمين له عليه باعتبار تعلق حق الرهانه بها، انتهى.

أقول: مقتضى الأصل هو صدق الأجنبى المصدق من قبل الراهن، بل ولو لم يصدقه الراهن لأصاله عدم زياده على الأجنبى المتلف. أما احتمال توجه اليمين عليه باعتبار تعلق حق الرهانه بها ففيه ما لا يخفى، إذ هذا الاحتمال لا يقاوم الأصل، فإن تعلق حق الرهانه بها للمرتهن لا يوجب انخرام أصاله عدم الزياده.

ثم إنه إنما يؤخذ بأصل عدم الزياده إذا لم يكن معارضاً باستصحاب الزياده، بأن كان سابقاً زائداً، ثم اختلافا فى أنه هل نقص عن تلك الزياده أم لا، وإلا فالاستصحاب محكم على الأصل، كما قرر فى الأصول.

ولو ادعى المرتهن المفرط بأنه سقط عن القيمه وبعد سقوطه أتلفته، كما إذا كان جمداً فصار ماءً، أو كان حيواناً مأكول اللحم فليط به فذبحته، فعليه البينه، لأن السقوط عن القيمه خلاف الاستصحاب، فالحق يكون مع الراهن الذى يقول بمقتضى الاستصحاب كما هو واضح.

ومما تقدم یظهر حال ما إذا تصادقا علی الزیاده، أو علی النقیصه، لکنهما اختلفا فی قدر الزیاده أو قدر النقیصه، فمقتضی الأصل هو المحکم، والذی یقول بالأصل هو الذی علیه الحلف، خلاف من لا یقول به، فعلیه البینه، والله سبحانه العالم.

قال فی الشرائع: لو اختلفا فیما علی الراهن، أی قله وکثره، بأن ادعی أحدهما الأکثر والآخر الأقل، کان القول قول الراهن، وقیل: (والقائل الإسکافی) القول قول المرتهن ما لم یستغرق دعواه ثمن الرهن، والأول أشهر.

وقال فی الجواهر: بل هو المشهور شهره عظیمه، بل عن ابنی زهره وإدریس الإجماع علیه، ولعله کذلک، لعدم قدح خلافه فیه وهو الحجه، انتهی.

فإذا قال الراهن: الدین مائه، وقال المرتهن: الدین مائتان، کان اللازم علی المرتهن الإثبات، لأنه مدع، والمدعی علیه البینه بالنسبه إلی المائه الزائده، وإذا لم یکن للمرتهن بینه حلف الراهن علی عدم الزیاده، إلی غیر ذلک من القواعد المذکوره فی باب القضاء.

ویدل علی المشهور، بالإضافه إلی قاعده المدعی والمنکر، جمله من الروایات:

کصحیح محمد بن مسلم، عن أبی جعفر (علیه السلام)، فی رجل رهن عند صاحبه رهناً لا بینه بینهما فیه، فادعی الذی عنده الرهن أنه بألف، فقال صاحب الرهن: إنه بمائه، قال: «البینه علی الذی عنده الرهن أنه بألف، وإن لم یکن عنده بینه فعلی الراهن الیمین»((۱)).

۱- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۳۷ الباب۱۷ ح۱، التهذیب: ج۲ ص۱۶۵

وموثقه ابن أبی یعفور، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: إذا اختلفا فی الرهن فقال أحدهما: رهنه بألف، وقال الآخر: بمائه درهم، فقال (علیه السلام): «یسأل صاحب الألف البینه، وإن لم یکن بینه حلف صاحب المائه»((۱)).

وموثق عبید بن زراره، عنه (علیه السلام) أیضاً: فی رجل رهن عند صاحبه رهناً لا بینه بینهما، فادعی الذی عنده الراهن أنه بألف، وقال صاحب الرهن هو بمائه، فقال: «البنیه علی الذی عنده الرهن أنه بألف، فإن لم یکن عنده بینه فعلی الذی له الرهن الیمین أنه بمائه»((۲)).

وعن دعائم الإسلام، عن أبی جعفر وأبی عبد الله (علیهما السلام) أنهما قالا: فی الذی عنده الرهن یدعی أنه رهن فی یدیه بألف ویقول الراهن بل هو بمائه، قال: «القول قول الراهن مع یمینه، وعلی الذی هو فی یده البینه بما ادعی من الفضل»((۳)).

وفی المقنع للصدوق (رحمه الله) الذی هو متن الروایات، قال: «وإن اختلف رجلان فی الرهن فقال أحدهما رهنته بألف درهم، وقال الآخر بمائه درهم، فإنه یسأل صاحب الألف البینه، فإن لم تکن له بینه حلف صاحب المائه»((۴)).

أما قول الإسکافی، فقد استدل له بخبر السکونی، عن جعفر، عن أبیه، عن علی (علیهم السلام)، فی رهن اختلف فیه الراهن والمرتهن، فقال الراهن هو

۱- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۳۷ الباب۱۷ ح۲، التهذیب: ج۲ ص۱۶۵

۲- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۳۷ الباب۱۷ ح۳، التهذیب: ج۲ ص۱۶۵

۳- مستدرک الوسائل: ج۲ ص۴۹۵ الباب۱۵ ح۱

۴- وسائل الشیعه: ج۲ ص۴۹۵ الباب۱۵ ح۲

بكذا وكذا، وقال المرتهن هو بأكثر، قال علی (علیه السلام): «یصدق المرتهن حتی یحیط بالثمن، لأنه أمینه»((۱)).

وعلق علیه فی الجواهر بقوله: إنه ضعیف سنداً، موافق لأحد قولی العامه، مخالف للمتواتر کما فی جامع المقاصد، محتمل لما عن الشیخ من أن الأولی للراهن أن یصدق المرتهن.

أقول: لا یخفی أن ضعف السند مجبور، فإنه موجود فی الفقیه ونحوه، وکونه موافقاً لأحد قولی العامه لا یضر بعد وجود القول الآخر، وکونه مخالفاً للمتواتر أیضاً غیر ضار، لأن وجود أحادیث فی طرف، وحدیث حجه فی طرف لا یضر، وکأن المراد بالمتواتر ما یقارب الأربعه الأحادیث، وکونه الأولی للراهن أن یصدق المرتهن کما عن الشیخ خلاف الظاهر، فالعمده أنه داخل فی الشاذ النادر الذی لا یعارض ما اشتهر بین الأصحاب حسب السیره والحدیث فی باب التعادل والتراجیح، ولعل الجواهر إنما ذکر هذه الأمور تأییداً لا استدلالاً.

ومن ذلک یظهر أولویه ما إذا ادعی المرتهن أنه رهنه مرتین، مره بألف ومره بمائه مثلاً، وینکر الراهن إحدی المرتین، حیث إن المرتهن مدع بالنسبه إلی المره الثانیه، ولا نرید الثانیه فی الزمان، بل الثانیه بالنسبه إلی قبول الراهن، سواء کان ینکر الأکثر أو ینکر الأقل، أو کان الرهنان حسب ادعاء المرتهن متساویین قدراً، فعلی المرتهن أن یقیم البینه، وإلا کان للراهن الحلف، ویکون قوله هو الحجه، وإذا لم یحلف یرجع الکلام هنا إلی الاختلاف

ص:۳۰۹

۱- وسائل الشیعه ج۱۳ ص۱۳۸باب ۱۷ ح۴ التهذیب ج۲ ص۱۶۵

المذكور فى باب القضاء، من أنه بعد النكول هل يحكم عليه، أو يتوجه الحلف إلى المدعى.

وكيف كان، فإذا انعكس الأمر بأن ادعى الراهن الأكثر والمرتهن الأقل، حيث يكون أحياناً مثل ذلك من جهه أن الظالم مثلاً يأخذ الضريبه التصاعديه من الراهن، فإذا كان أقل كان دفعاً عن نفسه، فإن هيهنا يكون القول قول المرتهن المدعى للأقل، بالإضافه إلى أن الراهن بادعائه أكثريه الدين مقر على نفسه، فيشمله «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»((1))، إلاّ فيما إذا كان إقراراً لنفسه لا إقراراً على نفسه، كما تقدم مثل هذه المسأله فى بعض المباحث السابقه، وذكرنا الإشكال فيه.

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۱۱ ح۲

مسأله ۴۴ لو اختلفا أنه وديعه أو رهن

(مسأله ۴۴): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: لو اختلفا في متاع، فقال أحدهما (أي المالک): هو وديعه عندك، وقال الممسک: هو رهن، فالمشهور بين الأصحاب شهره عظيمه، بل ربما استظهر من نافع المصنف الإجماع عليه أن القول قول المالک، وقيل والقائل الصدوق والشيخ في المحکي عن مقنع الأول، واستبصار الثاني: القول قول الممسک، والأول أشبه بأصول المذهب وقواعده، لأنه منكر باعتبار موافقه قوله لأصاله عدم الارتهان، انتهى.

ولا يخفى أن هذا الاختلاف إنما ينفع إذا لم يتفقا في أن المرتهن أخذ دينه من الراهن فرضاً، أما إذا اتفقا على ذلك بمعنى أنه لا شيء على الرهن للمرتهن، وإنما الاختلاف في مجرد كونه وديعه أو بقاء رهن مما لم يترتب عليه أثر إعطاء الراهن للمرتهن شيئاً، فإن الموضع يكون من التحالف إذا ترتب أثر على كل من الوديعه والرهانه، لأن كونه رهناً الآن أو كونه وديعه شيئان متقابلان لا جامع بينهما، ولا أصل لأحدهما حتى يكون صاحب الأصل في جانب والمدعي في جانب آخر، فيكون المرجع على تقدير نتيجه على هذا الاختلاف التحالف.

ثم إنه يؤيد قول المشهور موثق إسحاق بن عمار، كما استدل به غير واحد من الفقهاء، عن الصادق (عليه السلام) في الاختلاف في الوديعه والقرض.

فقد روى، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل قال لرجل: لي عليك ألف درهم، فقال الرجل: لا ولكنها وديعه، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «القول قول صاحب المال مع يمينه»((۱)).

قال في الجواهر بعد الإشاره إلى الحديث المذكور: وخصوص

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۳۸ الباب۱۸ ح۱، التهذيب: ج۲ ص۱۶۶

المورد لا يخص الوارد، فيستفاد منه حينئذ أصاله عدم الحكم بمال الإنسان بغير قوله، وإن كان مدعياً، فضلاً عما نحن فيه مما هو مدع عليه.

أقول: ويؤيـده أيضاً ما رواه دعائم الإسـلام، عن أبي جعفر وأبي عبـد الله (عليهما السـلام) أنهما قالا: «وإن ادعى أنه ضاع وكذبه الراهن ولا بينه له واختلفا في قيمته، فالقول قول الذي هو عنده مع يمينه، وعلى صاحبه البينه فيما ادعى من الفضل»((1)).

بل ويؤيـده أيضاً حـديث المروزي، أنه كتب إلى أبي الحسن (عليه السـلام) في رجل مات وله ورثه، فجاء رجل فادعى عليه مالاً وأن عنـده رهنـاً، فكتب (عليه السـلام): «إن كـان له على الميت مـال ولا ـ بينه له عليه فليأخـذ مـاله بما في يـده، وليرد الباقي على ورثته، ومـتى أقر بمـا عنـده أخـذ به وطولب بـالبينه على دعواه وأوفى حقه بعـد اليمين، ومـتى لم يقـم الـبينه والورثه ينكرون، فله عليهم يمين علم يحلفون بالله ما يعلمون أن له على ميتهم حقاً»((2)).

بل ويؤيده أيضاً صحيح ابن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، في رجل رهن عند صاحبه رهناً، وقال الذي عنده الرهن: أرهنته عنـدي بكذا وكذا، وقال الآخر: إنما هو عندك وديعه، فقال (عليه السـلام): «البينه على الذي عنده الرهن أنه بكذا وكذا، فإن لم يكن له بينه فعلى الذي له الرهن اليمين»((3)).

إلى غير ذلك من المؤيدات.

١- المستدرك: ج٢ ص٤٩٥ الباب١٦ ح١

٢- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٤٠ الباب ٢٠ ح٢، التهذيب: ج٢ ص١٦٦

٣- وسائل الشيعه: ج١٣ ص١٣٦ الباب١٦ ح١، التهذيب: ج٢ ص١٦٥

أما القول الثانی: للشیخ والصدوق، فقد استدل له ببعض الروایات:

کخبر عباده بن صهیب، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام)، عن متاع فی ید رجلین أحدهما یقول: استودعتکه، والآخر یقول: هو رهن، فقال (علیه السلام): «القول قول الذی یقول إنه رهن عندی، إلاّ أن یأتی الذی ادعی أنه أودعه بشهود»((۱)).

وبموثق ابن أبی یعفور، عن الصادق (علیه السلام) المتقدم صدره سابقاً، قال: وإن کان الرهن أقل مما رهن به أو أکثر، واختلفا فقال أحدهما: هو رهن، وقال الآخر: هو ودیعه، قال: «علی صاحب الودیعه البینه، فإن لم یکن بینه حلف صاحب الرهن»((۲)).

بل قال فی الجواهر: وصحیح أبان الموافق فی المتن للموثق المزبور حتی ظن فی الحدائق أنهما خبر واحد، منکراً بذلک علی ما حکاه عن صاحب الکفایه کونهما خبرین.

لکن فیه: إنه هو قد اعترف بأن الصدوق رواه عن فضاله، عن أبان، عن الصادق (علیه السلام)، وأن طریقه إلی فضاله صحیح، وأن الشیخ روی الأول بسنده عن أبان، عن ابن أبی یعفور، وبذلک یکونان خبرین وإن اتحد متنهما، والمقنع کما تقدم علی خلاف المشهور، وذکر فیه وهو متون الروایات کما عرفت:

«وإن قال أحدهما هو رهن، وقال الآخر هو ودیعه عندک، فإنه یسأل صاحب الودیعه ببینه، فإن لم تکن له بینه حلف صاحب الرهن».

لکن فی الدعائم ما یؤید المشهور، فقد روی عن علی (علیه السلام)، أنه قال:

۱- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۳۷ الباب۱۶ ح۳، التهذیب: ج۲ ص۱۶۵

۲- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۱۳۶ الباب۱۶ ح۲، التهذیب: ج۲ ص۱۶۵

فی الثوب یـدعیه الرجل فی یـد الرجل، فیقول الذی هوفی یدیه: هو لک عندی رهن، وقال الآخر: بل هو لی عندک ودیعه، قال: «القول قوله، وعلی الذی هو فی یدیه البینه أنه رهن عنده»((۱)).

ومقتضی القاعده أن القول قول المشهور، لا لضعف فی السند فی روایات القول الآخر، أو فی الدلاله، أو فی جهه الصدور، حیث قال بعض بأن روایات غیر المشـهور موافقه للتقیه، لأن کل ذلک غیر وارد، وإنما لأن الروایات التی لغیر المشهور داخله فی الشاذ النـادر الـذی لا یعتنی به حتی أن الشـیخ وإن ذکر فی بعض کتبه ذلک کالاسـتبصار، إلّا أنه فی غیر الاسـتبصار موافق للمشـهور، والاسـتبصار لم یعلم أنه کتـاب فتوی، کمـا ذکره بعضـهم فی بعض الراویـات والفتـاوی الموافقه لتلک الروایات الوارده فی هـذا الکتاب.

وبـذلک یظهر أن التفصـیل المروی عن ابن حمزه، من أنه إن اعترف صـاحب المتـاع بالـدین فالقول قول الممسک، ومع عـدمه فالقول قول المالک، وکذلک التفصیل المروی عن ابن الجنید من الجمع بین صوره اعتراف القابض للمالک بکونه فی یده علی سبیـل الأمانه ثم صار رهناً فالقول قول المالک، وبین صوره دعواه الرهانه ابتـداءً فالقول قوله، غیر ظاهر الوجه، وإن وجه للقولین فی بعض المفصلات ببعض التوجیهات.

وممـا تقـدم یعرف حال الاختلاف بینهما، بأن قال المالک: إنه عاریه، وقال الممسک: إنه رهن، لأن الـدلیل فی المقامین واحـد، وإن لم یکن هنالک

۱- مستدرک الوسائل: ج۲ ص۴۹۵ الباب۱۴ ح۲

دليل خاص بالنسبه إلى العاريه والرهن، وكذلك إذا اختلفا فقال المالك: إنك غصبته، أو ألقاه الريح فى دارك، أو جاء به السيل إليك، وقال الممسك: إنه رهن، فإنه على الممسك أن يقيم البينه، فإذا لم تكن له حلف المالك وكان الحق معه.

ولو تصادقا على أنه رهن عند الممسك، إلاّ أنه قال المالك: أعطيتك الدين فخرج الأمر عن الرهن، وقال الممسك: بل لم يعطنى طلبى فهو رهن بعد عندى، انقلب الأمر وصار المالك مدعياً بإعطائه الدين فعليه البينه، وكان الممسك منكراً فعليه الحلف.

وإذا قال الممسك: إنه كان مرهوناً بدينين أعطيت أحدهما ولم تعط الآخر، وقال المالك: إنه كان رهناً بدين واحد وقد أعطيتكه، كان الممسك مدعياً الرهن الثانى فعليه البينه، وعلى طرفه الحلف.

وإذا مات المالك وادعى الممسك أنه رهن، وقالت الورثه: لا نعلم هل أنه رهن أو غصب أو وديعه أو عاريه أو نحو ذلك، فعلى الممسك البينه، وعلى الورثه الحلف بعدم علمهم بالرهانه، فيجب على الممسك الرد عليهم حينئذ مجاناً.

ولو اختلف الورثه بين مصدق للممسك وبين مكذب له، أو بين مصدق للممسك وبين مدع عدم العلم، فلكل من الورثه حكمه.

ومنه يعلم حال ما إذا اختلف ورثه الممسك بعد موته، فقال بعضهم: إنه رهن، وقال بعضهم: لا نعلم، أو صدق بعضهم المالك بأنه وديعه أو عاريه أو غصب أو ما أشبه، وأن لكل من ورثه المرتهن حكمه.

ومنه يعلم الحال فيما إذا اتفقا فى الوديعه، لكنهما اختلفا، فقال أحدهما: بأنه وديعه مشروطه، وقال الآخر: بأنه وديعه بلا شرط، فعلى مدعى الاشترط البينه، لأن الشرط خلاف الأصل وعلى منكره الحلف.

مسأله ۴۵ لو أذن المرتهن فی البیع ورجع

(مسأله ۴۵): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: إذا أذن المرتهن للراهن فی البیع ورجع، ثم اختلفا، فقال المرتهن: رجعت قبل البیع، وقال الراهن: رجعت بعده، کان القول قول المرتهن عند المشهور بین الأصحاب، وفی جامع المقاصد نسبته إلیهم مشعراً بدعوی الإجماع، خصوصاً مع قوله: إنه ینبغی الوقوف معهم، وإن کان الدلیل یقتضی خلافه، ترجیحاً لجانب الوثیقه المستصحب بقاؤها إلّا أن یعلم المزیل، ولیس لأن الإذن فی البیع غیر مسقط لها، وإنما المسقط لها البیع المأذون فیه ولم یثبت، إذ الدعویان متکافئان، لأن الراهن یدعی تقدم البیع علی الرجوع، والأصل عدمه، والمرتهن بالعکس، والأصل عدمه، وأن کلًا منهما حادث والأصل تأخره، والاقتران أیضاً حادث والأصل عدمه، انتهی.

أقول: وقد أخذ الجواهر هذا من المسالک، حیث إن المسالک جعل التعارض بین أصلی الراهن والمرتهن، فجعل فی جانب الراهن أصل تقدیم البیع علی الرجوع، وجعل فی جانب المرتهن أصل تقدیم الرجوع علی البیع، وبعد أن حکم بتساقطهما جعل بقاء حکم الرهن علی العین محکماً، وقال: إنه یسبب ترجیح جانب الوثیقه، ثم جعل المسالک التعارض بین أصل صحه البیع فی جانب الراهن، وأصل بقاء الرهن، وبعد إسقاطهما جعل المحکم أصل «الناس مسلطون علی أموالهم» فی جهه الراهن.

لکن لا ـ یخفی أنه أولاً ـ یرد علیه: إن أصل بقاء الرهن یعارض کلا أصلی صحه البیع وأصل إن «الناس مسلطون علی أموالهم»، لأن الأصل فی جانب یعارض کلا الأصلین أو الأصول فی الجانب الآخر، فلا وجه لجعل أصل بقاء الرهن وصحه البیع معارضاً وتساقطهما، ثم الرجوع إلی أصل «الناس مسلطون علی أموالهم»((۱)).

۱- البحار: ج۲ ص۲۷۲ ح۷

وثانیاً: هذه الأصول التی ذکرها، وهی أصول ثلاثه فی جانب الراهن، وأصلان فی جانب المرتهن، لا تجری بعضها مع بعض، لأن بعضها مقدم علی بعض، فجعل التعارض والتقدیم لمجرد الأصل لا وجه له.

وبذلک یظهر أن اتباع الجواهر وغیره له أیضاً فی ذلک محل نظر، وربما یجعل الحق مع الراهن لأمرین آخرین:

الأول: إن المرتهن یدعی أنه رجع قبل البیع، فهو مدع، لصدق قاعده المدعی علیه، وهی أنه من إذا تَرک تُرک، فالمرتهن إذا ترک ترک فعلیه الإثبات.

وثانیاً: إن المقام من حکم ادعاء الموکل الرجوع بدون إعلام الوکیل، فإن أمر الوکیل نافذ إلاّ أن یثبت الموکل أنه رجع وعلم بذلک الوکیل أو أعلمه بذلک، فإنه بدون علم الوکیل، سواء کان نابعاً عن علمه بنفسه أو نابعاً عن إعلام الموکل له، الوکاله نافذه، ومتعلق الوکاله واقع، کما ورد علی ذلک النص، وقام علیه الإجماع مما ذکر فی کتاب الوکاله.

فقد روی هشام بن سالم، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی رجل وکل آخر علی وکاله فی أمر من الأمور وأشهد له بذلک الشاهدین، فقام الوکیل فخرج لإمضاء الأمر، فقال: اشهدوا أنی قد عزلت فلاناً عن الوکاله، فقال: «إن کان الوکیل أمضی الأمر الذی وکل فیه قبل العزل، فإن الأمر واقع علی ما أمضاه الوکیل، کره الموکل أم رضی»، قلت: فإن الوکیل أمضی الأمر قبل أن یعلم العزل أو یبلغه أنه قد عزل عن الوکاله، فالأمر علی ما أمضاه، قال: «نعم»، قلت له: فإن بلغه العزل قبل أن یمضی الأمر ثم ذهب حتی أمضاه لم یکن ذلک بشیء، قال: «نعم، إن الوکیل إذا وکل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً، والوکاله

ثابته حتی یبلغه العزل عن الوکاله، بثقه یبلغه أو یشافه بالعزل عن الوکاله»((۱)).

وفی روایه علاء ابن سیابه، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام)، عن امرأه وکلت رجلاً بأن یزوجها من رجل، فقبل الوکاله فأشهدت له بذلک، فذهب الوکیل فزوجها، ثم إنها أنکرت ذلک علی الوکیل وزعمت أنها عزلته عن الوکاله فأقامت شاهدین أنها عزلته، فقال (علیه السلام): «ما یقول من قبلکم فی ذلک»، قال: قلت: یقولون: ینظر فی ذلک فإن کانت عزلته قبل أن یزوج فالوکاله باطله والتزویج باطل، وإن عزلته وقد زوجها فالتزویج ثابت علی ما زوج الوکیل، وعلی ما اتفق معها من الوکاله إذا لم یتعد شیئاً مما أمرت به، واشترطت علیه فی الوکاله، قال: ثم قال: «یعزلون الوکیل عن وکالتها ولم تعلمه بالعزل»، قلت: نعم یزعمون أنها لو وکلت رجلًا وأشهدت فی الملأ، وقالت فی الخلأ: اشهدوا أنی قد عزلته وأبطلت وکالته بلا أن تعلم فی العزل، وینقضون جمیع ما فعل الوکیل فی النکاح خاصه، وفی غیره لا یبطلون الوکاله إلّا أن یعلم الوکیل بالعزل، ویقولون: المال منه عوض لصاحبه والفرج لیس منه عوض إذا وقع منه ولد، فقال (علیه السلام): «سبحان الله، ما أجور هذا الحکم وأفسد، إن النکاح أجری أن یحتاط فیه وهو فرج ومنه یکون الولد، إن علیاً (علیه السلام) أتته امرأه تستعدیه علی أخیها، فقالت: یا أمیر المؤمنین إنی وکلت أخی هذا بأن یزوجنی رجلًا وأشهدت له ثم عزلته من ساعته تلک، فذهب یزوجنی ولی بینه أنی قد عزلته قبل أن یزوجنی، ف_أقامت البینه، فقال الأخ: یا أمیر المؤمنین إنها وکلتنی ولم تعلمنی

۱- وسائل الشیعه: ج۱۳ ص۲۸۶ الباب۲ ح۱، التهذیب: ج۲ ص۶۶

أنهـا عزلتنى عن الوكـاله حتى زوجتها كما أمرتنى، فقال لها (عليه السـلام): «ما تقولين»، قالت: قـد أعلمته يا أمير المؤمنين، فقال لهـا: «ألـك بينه بـذلك»، فقالت: هؤلاء شـهودى يشـهدون بأنى قـد عزلته، فقال أمير المؤمنين (عليه السـلام): «كيف تشـهدون»، فقـالوا: نشـهد أنها قالت: اشـهدوا أنى قـد عزلت أخى فلاناً عن الوكاله بتزويجى فلاناً، وإنى مالكه لأمرى قبل أن يزوجنى، فقال: «أشهدتكم على ذلك بعلم منه ومحضر»، فقالوا: لا، فقال (عليه السلام): «تشهدون أنها أعلمته بالعزل كما أعلمته بالوكاله»، قالوا: لاـ قـال: «أرى الوكـاله ثابته، و النكاح واقعاً، أين الزوج»؟ فجاء، فقال: «خـذ بيـدها بارك الله لك فيها»، فقالت: يا أمير المؤمنين أحلفه أنى لم أعلمه بـالعزل ولم يعلم بعزلى إيـاه قبـل النكـاح، قـال (عليه السـلام): «وتحلف»، قال: نعم يا أمير المؤمنين، فحلف، فأثبت وكالته وأجاز النكاح(۱)).

فإن هاتين الروايتين وما أشـبه دليل على أنه إذا لم يعلم الوكيل وهو الراهن هنا، أنه عزله قبل وقوع البيع يكون البيع نافذاً، ويكون المرتهن بالإعلام أو بالعلم مدعياً فعليه البينه، وعلى الراهن المنكر اليمين.

وممـا تقـدم ظهر وجه النظر فى قول الجواهر، فبـان أن كلاـم الأصـحاب فى محله، بل هو كـذلك لو شك المرتهن فى نفسه أن رجوعه كان قبل البيع أو بعده بعد أن علمهما معاً، وكذا لو شك الراهن كذلك، فإن الأصل بقاء الرهانه فى الجميع، انتهى.

إذ قد عرفت أن الأصل يقتضى خلاف كلام الأصحاب، سواء فى المسأله

۱- وسائل الشيعه: ج۱۳ ص۲۸۶ الباب۲ ح۲، التهذيب: ج۲ ص۶۷

المعینه فی أول البحث، أوفی صورتی شک المرتهن أو الراهن.

کما أنه یظهر مما تقدم أن الکلام فیما إذا أطلق الراهن والمرتهن الدعویین.

أما إذا علم وقت الرجوع ولم یعلم وقت البیع، أو بالعکس، فالمسأله داخله فی مسأله معلوم تاریخ أحدهما، ولذا أشار الشهید فی محکی الدروس والحواشی، وتبعه علیه غیره قائلاً: إن کلام الأصحاب یتم فیما إذا أطلق الدعویان ولم یعینا وقتاً للبیع أو الرجوع.

وأما إذا عینا وقتاً واختلفا فی الآخر فلا یتم، لأنهما إذا اتفقا علی وقوع البیع یوم الجمعه مثلاً، واختلفا فی تقدیم الرجوع علیه وعدمه، فالأصل التأخر وعدم التقدم، فیکون القول قول الراهن، وینعکس الحکم لو اتفقا علی وقت الرجوع، واختلفا فی تقدم البیع علیه وعدمه.

وقد أجاد الجواهر حیث علق علی کلام الدورس وغیره بقوله: ولعل إطلاق الأصحاب هنا فی مسأله الجمعتین، ومسأله من اشتبه موتهم فی التقدم والتأخر، ومسأله تیقن الطهاره والحدث وغیرها شاهد علی أن أصاله التأخر إنما تقتضی بالتأخر علی الإطلاق، لا بالتأخر عن الآخر ومسبوقیته به، إذ وصف السبق حادث والأصل عدمه، فیرجع ذلک إلی الأصول المثبته وهی منفیه، فأصاله الرهن هنا حینئذ بحالها، إلاّ أن الإنصاف عدم خلو ذلک عن البحث والنظر، خصوصاً فی المقام.

أقول: جعل الجواهر أصاله الراهن بحالها قد عرفت ما فیه، إذ قد عرفت أن مقتضی القاعده صحه البیع، لا التمسک باستصحاب بقاء الرهن.

وقد ظهر مما تقدم عدم الفرق فی صوره اختلافهما بین أن یکون المأذون من قبل المرتهن للراهن بیعاً، أو انتفاعاً کسکنی الدار ورکوب الدابه ونحوهما.

ص:۳۲۰

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر: لو كان التصرف المأذون فيه الذى اختلف فى الرجوع به قبل وقوعه أو بعده انتفاعاً كالسكنى والركوب ونحوهما، بناءً على أن الواقع منهما بغير إذن يوجب أجره تكون رهناً، فقد يقال: إن القول قول الراهن لتعارض الأصلين، فيبقى أصل براءه الذمه سالماً هنا عن المعارض، اللهم إلاّ أن يقال: إن الأصل فى منافع الرهن على الضمان، فيكون وارداً على أصل البراءه قاطعاً له، ولو تلفت العين فوقع النزاع بينهما أن إطلاقها كان قبل الرجوع أو بعده، فقد يقال أيضاً بتقديم قول الراهن، لأصاله البراءه أيضاً من القيمه، إذ استصحاب الرهانه بعد انعدام الموضوع غير معقول، لكن قد يقوى خلافه، لأن التلف لا ينافى جريان الاستصحاب إلى حال التلف، فيكون رهناً تالفاً.

أقول: ما ذكره بقوله: بناءً على أن الواقع منهما بغير إذن يوجب أجره تكون رهناً، غير ظاهر الوجه، فإن الراهن إذا تصرف فى العين المرهونه الأمر يدور بين إجازه المرتهن وبين رده، أما أن تكون الأجره رهناً، فلا وجه له بعد عدم شمول دليل الرهن لمثل ذلك لا شرعاً ولا ارتكازاً.

كما أنه ظهر مما تقدم أن قوله: لكن قد يقوى خلافه، الوجه أنه يقوى خلافه، لأن القول قول الراهن على ما عرفت، فلا فرق بين البيع وبين التلف وبين الانتفاع كالسكنى والركوب فى هذا الشىء الذى يقتضيه القاعده.

كما أنه لا ـ فرق فى ذلك بين أن يكون المرتهن أذن للراهن فى التلف أو البيع أو الإجاره أو نحوهما أو وكله فى ذلك، فإن الإذن والوكاله، وإن اختلفا

فى بعض الموارد، كما أومأنا إليه فى كتب المضاربه والمزارعه والمساقاه من الشرح، إلّا أن فى مثل المقام لا فرق بين الأمرين، وما دل على أن الوكيل له حكم كذا، كما تقدم فى الروايتين، لعله يفهم منه بالمناط ما لو كان إذناً، لعدم الفرق بينهما فى أمثال المقام، فتأمّل.

ولا فرق فيما ذكرناه من أن القول قول الراهن إلّا أن يقيم المرتهن البينه، بين كون النزاع فى وقت الرجوع، أو أن يكون النزاع فى أصل الرجوع وعدمه، بأن ادعى المرتهن الرجوع، وادعى الراهن عدم الرجوع مطلقاً.

ومنه يظهر أن فرق الجواهر بينهما بقوله: نعم لو كان النزاع فى أصل الرجوع وعدمه اتجه الحكم بصحه البيع ونفى الرجوع بالأصل واستصحاب بقاء الإذن، غير ظهر الوجه.

ثم إذا كان الحلف متجهاً إلى الراهن، لأنه منكر، فإن مات الراهن بعد البيع ونحوه، وقام وارثه مقامه، حلف الوارث على عدم علمه بالأمر، ويكفى ذلك فى إثبات قوله، فلا حاجه إلى الحلف على العلم بالعدم، إذا لم يكن مدعياً لعلمه بالعدم، وإلّا حلف على العلم.

كما أنه إذا مات المرتهن قبل إقامته البينه صح لوارثه إقامه البينه مكانه، لأن حق إقامه البينه والحلف يورث إلى ورثتهما، كما فى كل دعوى، وإنما الفرق فى أنه إذا صار الأمر إلى الحلف إن كان الشخص عالماً حلف على القطع، وإن لم يكن عالماً حلف على عدم العلم، سواء كان الحلف موجهاً ابتداءً أو موجهاً إلى المدعى بعد نكول المنكر من الحلف إن قلنا بأنه بالنكول لا يقضى، وإنما يوجه الحلف إلى

طرف الناكل، كما حقق فى كتاب القضاء، والكلام فى المقام طويل نكتفى منه بهذا القدر.

ومما تقدم ظهر عكس المسأله، بأن أذن الراهن للمرتهن فى البيع ورجع، ثم اختلفا بأن الرجوع كان قبل البيع أو بعده، إذ المسألتان من واد واحد، والله سبحانه العالم.

مسأله ۴۶ ليس للمرتهن إلزام الراهن بالعين

(مسأله ۴۶): قـال فی الجواهر: الظـاهر أنه ليس للمرتهن إلزام الراهن بالوفـاء بعين الرهن، وإن كـان مجانساً للحق، للأصل وغيره. نعم له إلزام المرتهن بـالقبول مع التجـانس، وليس له طلب البيع، ولو كـان مخالفـاً للحق واتفقا على دفعه عنه، أو بيعه للموافق أو المخالف، كان لهما ذلک قطعاً، لأن الحق لهما، وكذا فی الرهن الموافق للحق.

أقول: وهو كمـا ذكره، إذ المرتهن طـالب، والطـالب إذا وفی دينه ليس له الاختيـار، فإذا كان مجانساً للحق وأراد الراهن إعطاءه، فليس له الامتناع، لأنه وفاء.

أما إذا كان مخالفاً للحق وأراد الراهن إعطاءه، فللمرتهن الامتناع، إذ المرتهن لا يطلب هذا الشـیء وإنما يطلب غيره، واحتمال أن الروح السائـد فيهمـا يكفی فی إلزام المرتهـن وقبـوله غير وجيـه، وإلا ـ لصـحّ أن يعطی المـديون الـدنانير إلی الـدائن الفحـم، أو المـديون السـكر الشـای أو نحو ذلـک، فإنه لا يكفی الروح السائـد فی الـدفع، كما أنه لا يكفی الروح السائـد فی باب المضاربه والمزارعه والمساقاه والإجاره وغيرها، بل المعتبر العين الضـميمه إلی الروح السائـد، إلّا إذا كان هنالک شـرط أو ارتكاز بالأعم، كمـا ذكروا مثله فی الوقف إذا انبطل وأجبر إلی تبـديله، وكـذلک فی النـذر والوصـيه ونحوها، حيث إن الارتكاز ـ إلّا إذا كان الشـرط أو التصـريح خلافه ـ على أنه إذا لم يمكن العين رجع الأمر إلی الأعم من العين، وأحيانـاً إلی الأعم من العين والروح السائد، فهی مراتب ثلاث: العين والمثل والروح السائد.

أما إذا رضيا كلاهما بشیء، فحيث إن الحق لا يعدوهما، حق لهما ذلک.

ص:۳۲۴

مسأله ۴۷ الرهن يباع بالنقد الغالب

(مسأله ۴۷): قال فی الشرائع: إذا اختلفا فيما يباع به الرهن، بيع بالنقد الغالب فی البلد ويجبر الممتنع، ولو طلب كل واحد منهما نقداً غير النقد الغالب وتعاسرا، ردهما الحاكم إلی الغالب، لأنه الذی يقتضيه الإطلاق.

وقال فی الجواهر: بلا خلاف أجده فی شیء من ذلك بيننا، لكن قد يناقش أولاً: بأن المتجه إجابه المالك لو كان طالباً للبيع بمساوی الحق، وإن لم يكن الغالب. وثانياً: إنه لا معنی لرد الحاكم لهما إلی الغالب بعد أن اتفقا علی عدمه، والحق منحصر فيهما، وقطع نزاعهما يكون بترجيح أحدهما علی الآخر بمساواه الحق ونحوها، فإن لم يكن فالقرعه أو اختيار الحاكم، انتهی.

أقول: مقتضی القاعده، حيث إن المال للراهن أنه يحق له أن يبيعه بالنقد الغالب، أو بالنقد غير الغالب، وأن يبيعه فی البلد، أو فی غير البلد، وأن يبيعه بالمساوی أو بالأكثر أو بالأقل، وإنما المهم أن يوفی دين المرتهن، سواء باعه بمثل الدين فوفاه، أو باعه بغير الدين فوفاه مع رضی المرتهن، أو باعه بغير الدين ثم باع ذلك الغير بمثل الدين فوفاه، كل ذلك له، ولا حق للمرتهن فی الاعتراض، كما أنه لا حق له فی مراجعه الحاكم إذا كان الوفاء له بمثل حقه.

نعم، إن أراد الراهن البيع بغير مثل الحق، وكان ذلك سبباً لعدم حصوله علی مثل حقه، أو سبباً لحصوله علی مثل حقه لكنه يتأخر عن وقت الحق، مثلاً يبيع الراهن الدار بدكان، ثم يبيع الدكان بالنقد فيوفی النقد للمرتهن، لكن الوفاء يكون بعد مده، بينما حق المرتهن قبل ذلك، كان للمرتهن فی هاتين الصورتين الامتناع، وأن يراجع الحاكم، فيعمل الحاكم بما يسبب وصول حق

المرتهن إليه فى وقته، ولا دليل على أكثر من ذلك، ولذا كانت مناقشه الجواهر فى محلها.

نعم، المشهور بينهم ما ذكره الشرائع، فقد قال فى محكى القواعد: ولو عينا ثمناً لم يجز له التعدى، فإن اختلفا لم يلتفت إليهما، إذ للراهن ملكيه الثمن وللمرتهن حق الوثيقه، فيبيعه (أى العدل الموضوع الرهن عنده) بأمر الحاكم بنقد البلد وافق الحق أو قول أحدهما أو لا، وإن تعدد فبالأغلب، فإن تساويا فبمساوى الحق، فإن باينا عين له الحاكم.

وقريب منه ما ذكره التذكره فى محكى كلامه.

وقال فى الدروس فى محكيه: ولو اختلفا فيما يباع به بيع بنقد البلد بثمن المثل حالاً، سواء كان موافقاً للدين أو اختيار أحدهما أم لا.

ولو كان فيه نقدان بيع بأغلبهما، فإن تساويا فبمناسب الحق، فإن بايناه عين الحاكم إن امتنعا من التعيين، ولو كان أحد المتباينين أسهل صرفاً إلى الحق تعين.

وقال فى المسالك: إنه يباع بالنقد الغالب، لانصراف الإطلاق إليه. إلى أن قال: ويباع الرهن بما ناسب الحق المرهون عليه، وهو ما يكون من جنسه إن اتفق موافقه أحدهما له، فإن بايناه عين الحاكم إن امتنعا من العين، إلى آخر كلامه.

ومنه يعرف أنه لا وجه للتكلم فى أنه هل يباع فى بلد الرهانه، أو بلد المرتهن، أو بلد الراهن، أو ما أشبه ذلك، لأنك قد عرفت أن الواجب مراعاه حال الراهن لأنه ملكه، وإنما يستثنى من ذلك قدر مراعاه حق المرتهن.

ولو تضارب الحقان فهل يقدم حق الراهن لأنه مالك، أو حق المرتهن لأنه متعلق حقه، الظاهر لزوم الجمع بين الحقين مهما أمكن، فإن لم يمكن فأقلهما ضرراً، لأن لا ضرر

ص:٣٢٦

هذا ولا ضرر ذاك يتعارضان، فاللازم تقديم أقلهما ضرراً.

وإذا لم يمكن البيع بمثـل الحق، ولاـ أنه إذا بيع بغير المثل أمكن تبـديل ذلك بمثل الحق، فاللازم مراعاه الأقرب إلى الحق، مثلًا إذا كان الحق الـدينار، ولم يمكن بيع الدار به بيع بالدرهم، لأنه الأقرب إلى الارتكاز عند الإطلاق، لا أنه يباع الدار بالفحم مثلًا، ثم يسلم الفحم إلى المرتهن، إلّا إذا قبل المرتهن بذلك، لما عرفت من أن الحق لا يعدوهما.

ولو كـان هنالـك مشابهـان للحق، فاللاـزم مراعـاه المرتهن فى رأيه، لأنه هو الـذى يضـطر بالتنازل من حقه إلى المشابه، فلا حق للراهن فى اختياره المشابه الذى هو يريده.

ومن ذلك يعرف وجه النظر فى ما عن التحرير، حيث قال: لو بايناه بيع بأوفرهما حظاً، وعلق عليه المسالك بقوله: وهو أقعد، فإنه ربما كان عسر الصرف إلى الحق أصلح للمالك.

ولو أمكن بيع الرهن بمثل الحق بعد مده وبغير المثل الآن، فإن رضى المرتهن بغير المثل وجب على الراهن الاستجابه، لأن تأخير حق المرتهن عن وقته لا يجوز.

أما إذا لم يرض المرتهن بغير المثل، أخرّ البيع إلى زمان توفر المثل.

ص:٣٢٧

مسأله ۴۸ لو اختلفا أيهما رهن

(مسأله ۴۸): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: إذا ادّعی المرتهن رهانه شیء مخصوص فأنكر الراهن وذكر أن الرهن غيره، وليس هنالك بينه، بطلت رهانه ما ينكره المرتهن، وإذا بطلت الرهانه حلف الراهن علی نفی رهانه الآخر الذی ادّعاه المرتهن لأنه منكر، وحينئذ فإذا حلف الراهن فی الفرض خرجا معاً عن الرهن فی ظاهر الشرع، انتهی ملخصاً.

لكن عن الإرشاد أنهما يتحالفان، وعلق الجواهر علی كلام الإرشاد بقوله: لعله لعدم البطلان بالإنكار الذی هو أعم من الفسخ.

أقول: مقتضی القاعده كلام الإرشاد، فإذا ادّعی الراهن أنه رهن الدار، وادّعی المرتهن أنه رهن الدكان، كان أصل الرهن ثابتاً ومتفقاً بينهما، فلماذا يبطل الرهن بحلف هذا أو حلف هذا.

وعلی هذا، فمقتضی القاعده عدم بطلان الرهن، وإنما هنالك التحالف، فإذا تحالفا كان مقتضی القاعده إجراء قاعده العدل للعلم إجمالاً بأن الرهن إما هذا وإما هذا، فيكون نصف هذا ونصف هذا رهناً، وكذلك إذا لم يتحالفا، أما إذا حلف أحدهما فيكون الحق معه.

ومنه يعلم أنه لو ماتا وورثهما وارثهما ولم يعلما هل أن الرهن الدار أو الدكان، كان مقتضی القاعده أن نقول: بأن الرهن نصف هذا ونصف هذا.

ومما تقدم ظهر وجه النظر فی كلام المسالك، قال: إنما انتفی ما ينكره المرتهن، لأن الرهن لمحض حقه، فإذا نفاه انتفی عنه بغير يمين، وأيضاً العقد جائز من طرفه، فإنكاره يكون فسخاً لرهنه لو كان، ويبقی اليمين علی الراهن ينفی ما يدعيه، ورجوع النزاع إلی أن ما يدعيه المرتهن هل هو رهن أم لا،

فالقول قول المالك فی عدمه، انتهی.

إذ یرد علیه: إن الرهن لمحض حق المرتهن، فإذا نفاه انتفی عنه بغیر یمین، لو کان بهـذا القـدر کان کما ذکره، لکنه یـدعی نفی رهن هـذا ویـدعی إثبـات رهن غیره، فهو مـدع فی إثبات الرهن، فعلی طرفه الحلف، وحیث إن الطرف وهو الراهن یـدعی رهن هذا فعلیه أیضاً البینه، وحیث لا بینه یکون علیه الحلف.

أما قوله: فالعقد جائز من طرفه، فإنکاره یکون فسخاً لرهنه. فیرد علیه: إن الإنکار شیء، والفسخ شیء آخر، فلیس أحدهما موجباً للآخر أو عیناً للآخر.

وعلیه، فمقتضـی القاعـده ما ذکرناه من التحالف کسائر موارد النزاع، سواء کان الطرفان جائزاً أو لازماً، أو أحـدهما جائزاً والآخر لازماً.

ومنه یعلم عـدم الفرق بین الصوره المذکوره، وبین أن یکون الرهن شـرطاً، فقد قال فی الجواهر: نعم قد یتجه التحالف لو کان ما اختلفـا فی رهنه شـرطاً فی بیعه، کمـا اختـاره الشـهیدان، ومـال إلیه ثـانی المحققین، لرجوعه حینئـذ إلی الاختلاف فی الثمن، إذ الشـرط من مکملاته، فیتحالفان حینئذ علی کیفیه الشـرط، ویتسـلط البائع مثلاً حینئذ علی فسخ العقد، لعدم سـلامه الشـرط الذی اتفقا علیه فی الجمله، فإن هنا أیضاً التحالف کما اخترناه فی السابق.

ثم قـال الجواهر: لکن فی القواعـد أن الأـقوی تقـدیم قول الراهن أیضـاً، وهو لا یخلو من وجه، لأصاله اللزوم وعـدم ثبوت عـدم الوفاء بالشرط بحیث یتسلط به علی الفسخ، إذ لعله ما أنکر رهانته، فیکون هو المفوت لشرطه، فلا

يفسخ بمجرد الاحتمال، فإذا لم يكن له الفسخ لم يتوجه عليه اليمين، ويختص اليمين بالراهن، وهو قوى جداً، انتهى.

وفيه: إنه كيف يمكن أن يتمسك بأصاله اللزوم، مع أن اللزوم فرع الوفاء بالشرط، والوفاء به مشكوك، فمدعى الوفاء بالشرط يحتاج إلى البينه، فإذا لم تكن بينه حلف طرفه على عدم الوفاء، وهذا أمر راجع إلى البيع، ثم يأتى الكلام فى التحالف بالنسبه إلى دعواهما أن الرهن تعلق بهذه العين أو بتلك العين، فالمسألتان من واد واحد.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم وجه النظر فى قول الجواهر بأن المقام وهو الاختلاف فى أن الرهن أيهما، مثل ما لو قال: رهنت العبد، فقال المرتهن: بل هو والجاريه، إذ فيه أن هناك جامع وهو رهن العبد، فلا اختلاف فيه، وإنما الاختلاف فى الجاريه، فمدعى رهن الجاريه وهو المرتهن يحتاج إلى الإثبات، ومنكره وهو الراهن بحاجه إلى الحلف، فليس ما عنونه الشرائع وغيره من المسأله السابقه مثل هذا النزاع الذى مثله الجواهر به، والله العالم.

ص: ۳۳۰

مسأله ۴۹ لو کان له دینان أحدهما برهن

(مسأله ۴۹): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: لو کان له دینان أحدهما برهن، والآخر بلا رهن مثلًا، فدفع الراهن إلیه مالاً واختلفا فی أنه عن ذی الرهن أو عن فاقده، فالقول قول الدافع بلا خلاف ولا إشکال، لأنه أبصر بنیته التی لا تعلم إلّا من قبله، بل ربما قیل: بأن القول قوله بلا یمین بذلک، لکن یمکن أن یکون قد علم المرتهن منه ذلک ولو بقرائن، فیحتاج إلی الیمین حینئذ فی النفی، خصوصاً بعد مشروعیتها بنفی التهمه، أما لو ادّعی المرتهن علیه الإقرار، فلا إشکال فی توجه الیمین.

وقد أخذ ذلک الجواهر من المسالک، لأنه فصل فی ذلک نفس التفصیل المذکور هنا، ومقتضی القاعده هو ما ذکراه، لأنه إن ادعی المرتهن خلاف قول الراهن، فقد یدعی أنه مع قرینه أو إقرار، وقد یدعی بلا قرینه وإقرار، أی یقول إنی أعلم ذلک لا مستنداً إلی القرینه أو الإقرار، فإن کان ادّعاؤه مستنداً إلی قرینه أو إقرار من الراهن فهو مدع والطرف منکر.

أما إذا کان ادّعاؤه بمجرد علمه وقطعه غیر مستند إلی إقراره وإلی قرینه، فالظاهر أن الدعوی لا تسمع إطلاقاً، ولا یتوجه الیمین إلی الراهن، لأنه لیس بموازین الدعوی، وإنما هو ادعاء علم الغیب، ومثل هذه الدعوی غیر مسموعه ولا یترتب علیها آثار دعوی.

ولذا قال فی المسالک: لأن دعوی غریمه غیر معقوله، إذ لا اطلاع له علی نفسه، انتهی.

ولو ادّعی المرتهن أنه عن کذا، وقال الراهن: إنی لا أتذکر هل دفعت عن الدین الذی له الرهن، أو الدین الذی لا رهن له، فإنه یحلف علی عدم العلم، ویکفی بذلک حلفاً فی عدم إلزامه بدعوی المدعی، ومثل الراهن فی

دعواه النسيان وما أشبه ما إذا ادّعى الوارث للراهن أنه لا يعلم قصد الراهن حين الدفع.

قال فى الجواهر: إنما الكلام فيما إذا اعترف الدافع بأنه لم ينو أحدهما حال الدفع، فقد يحتمل التوزيع وبقاء التخيير، فله أن يصرفه الآن إلى ما شاء، بل جزم فى جامع المقاصد بالأول لصحه القبض والدفع، وليس أحدهما أولى من الآخر، ولأنه قد ملكه ملكاً تاماً، فإما عن الدينين أو عن أحدهما بعينه، أو لا عن أحدهما، أو عن أحدهما لا بعينه، والكل باطل إلاّ الأول، لاستحاله الترجيح بلا مرجح، وملك المقضى به مع عدم زوال المقضى عن الذمه، ولأنه إن لم يزل عن ذمته شيء منهما لزم المحال، وإلاّ كان هو المقضى عنه، انتهى.

أقول: أمثال المقام على ثلاثه أقسام:

الأول: أن يمكن الاحتياط.

والثانى: أن لا يمكن الاحتياط وله واقع.

والثالث: ما لا واقع له.

أما إذا أمكن الاحتياط، فاللازم الاحتياط، كما إذا أعطاه نفران قرآنين يقرؤهما فى شهر رمضان، فقرأ أحد القرآنين لأحدهما، ثم نسى أنه قصد به زيداً أو عمراً، فإنه يأتى بالقرآن الثانى قاصداً به الواقع عند الله سبحانه وتعالى منهما ممن لم يقرأ قرآنه.

وكذلك إذا أعطى اثنان له حجين، فحج عن أحدهما ونسى أنه نوى أيهما، مع علمه أنه نوى واحداً منهما، وكذلك فى صلاه القضاء، وإعطاء الخمس والزكاه والكفاره وغير ذلك، وإنما يجب النيه المحتمله فى الثانى، لوضوح أنه يلزم عليه أن يأتى بعملهما، و«الأعمال

بالنيات»، وكذلك إذا كان عليه صومان يوم قضاءً ويوم نذراً، فصام أحدهما ولم يعلم أنه هل صام القضاء أو النذر، بأن نسى ما قصده، فإنه يأتى باليوم الثانى عن الواقع الذى هو عليه.

وأما الثانى، وهو ما إذا لم يمكن الاحتياط وله واقع، كما إذا نكح إحدى المرأتين، أو طلق إحداهما، ثم شك فى أن المنكوحه أو المطلقه هند أو زينب، فإن المقام له واقع، والمفروض أنه لا يمكن الاحتياط، لأن الزوج مات مثلًا، وهنا الأمر يقطع بالقرعه، لأنها لكل أمر مشكل.

وهل أنه إذا وكله نفران فى صيام أو صلاه أو حج، أو إعطاء خمس أو ما أشبه، ثم عمل لأحدهما وشك فى أنه هل عمل لهذا أو لهذا، يكون المجال للقرعه، أو يلحق بالثالث فيما إذا سحب أحدهما وكالته، ولما يعمل العمل الثانى، الظاهر أنه أيضاً مجال للقرعه، لأنها لكل أمر مشكل، ولا علاج هنا إلا بها.

أما الثالث: الذى لا واقع له، كمسأله الرهن وما أشبه، وكما إذا صام يوماً بدون نيه أنه عن نذره أو عن قضائه، أو حج حجاً بدون نيه أنه عن نذره أو استحباباً، أو أنه عن زيد المستأجر له أو عن عمرو، أو ما أشبه ذلك، ففى الماليات كما نحن فيه احتمالات: بقاء ملك المالك، والتخيير، والتوزيع بالتساوى، والتوزيع بغير التساوى، والقرعه، والوقوع لا عن أحدهما.

أما البقاء على ملك المالك، فلا وجه له، إذ أنه دين صدر من المديون إلى الدائن، والدائن قبل، فيشمله عموم الأدله.

والوقوع لا ـ عن أحدهما أيضاً غير معقول، بمعنى أنه وقع بحيث لا يتخير فى جعله عن أحدهما، إما بنفسه وإما بالقرعه، إذ ليس فى قباله شيء حتى يكون وفاءً لذلك الشيء.

وكذلك لا

وجه للتوزيع غير المتساوى، يعنى مثلاً إن المائه التى أعطاها عن أحد الرهنين يقع ربعه عن أحدهما، وثلاثه أرباعه عن الآخر، إذ لا وجه له شرعاً أو عقلاً.

والتخيير المطلق أقرب من التخيير عن أحدهما والتوزيع بالتساوى والقرعه، لأن ذلك مقتضى «الناس مسلطون على أموالهم» فإن القدر الذى تنازل عنه بدفعه مطلقاً لا سلطه له عليه.

أما القدر الذى لم يتنازل عنه من ملكه بالشيء المدفوع، وهو أنه هل يكون لهذا أو لهذا، فإن السلطه باقيه.

وإن شئت قلت: كان له سلطتان سلطه لأصل الدفع، وسلطه لجعله عن هذا أو عن هذا، أو بالتوزيع المتساوى، أو بالتوزيع غير التساوى، وحيث إنه لم يتنازل عن السلطه الثانيه، فله التخيير فى جعله عن هذا أو عن هذا، أو عنهما بالتساوى أو بغير التساوى.

وعليه فلا وجه للتوزيع، أو التخيير المقيد، أو القرعه، وبه يظهر وجه النظر فيما اختاره جامع المقاصد فى كلامه المتقدم من التوزيع.

ولذا أشكل عليه الجواهر بقوله فيه: إن الفعل المشترك لا ينصرف من دون تعيين، فالتوزيع محتاج إلى مرجح أيضاً.

كما يظهر وجه النظر فى القرعه، وإن احتملت فى مثل هذا المقام، فيما إذا كان له زوجتان أو زوجات فقال: زوجتى طالق، ولم ينو واحده منهما، والمحكى عن الشيخ والفاضلين والشهيد احتمال التعيين بعد ذلك، فيقع الطلاق حينئذ من حينه، أو حين اللفظ.

وفيه: إن المقام لا يشبه ذلك، فمقام الماليات غير مقام الطلاق، وفى مقام الطلاق إن كان دليل على شيء قلنا به، وإلا قلنا بأن الطلاق باطل، إذ ليس

مثـل ذلـك طلاقـاً معهوداً، فهو كما إذا تزوج امرأه من هـذه النساء الموجودات فى هـذه الـدار أو فى الشارع، ثم قال لهن: ليقبل واحده منكن، فقالت إحداهن: قبلت، فإن مثل هذا النكاح أيضاً ليس نكاحاً معهوداً، فلا يشمله الدليل.

أما لو أسلم على أكثر من أربع، فإنه جاء الدليل باختيار أربع، وإطلاق سراح الأخريات.

ومما تقدم علم ما إذا دفع الزكاه بدون نيه أحد ماليه، وكان له مالان، غائب وحاضر، فإنه مما نحن فيه.

أما لو سـمى ولم ينو سوره معينه، أو كان له خيار حيوان وشرط، وأسقط من خياره يومين، فالظاهر أن فى الأول إذا قرأ آيه سوره يكون تلك البسمله لتلك السوره، لأن البسمله قبل أن يقرأ السوره لا تعين لها، وإنما هو أمر مردد، كما لو قال: (قال) مطلقاً، فإنه لو قال بعده (محمد هو ابن مالك) صار من شـعر ابن مالك، ولو قال (الرسول يا رب إن قومى اتخذوا هذا القرآن مهجوراً) صار من القرآن الحكيم، لأن الشـىء المردد فى مثـل المقام لا يعين إلاّ بـذكر بقيته، وكـذلك اخترنا فى ما إذا كتب (قال): ثم ألحقه بشىء من القرآن حرم مسه، ولو ألحقه بشىء من غير القرآن لم يحرم مسه، إلى غير ذلك مما بحثناه فى موضعه فى (الفقه).

أما بالنسـبه إلى من له خيار حيوان وشـرط، وأسـقط من خياره يومين، فمقتضـى القاعده أنه كما ذكر فى الرهن أنه يعين بالتعيين من هذا أو من هذا أو منهما، لأن الدليل فى هذه المسأله ومسأله ما نحن فيه من واد واحد.

قال فى الشرائع: وإن اختلفا فى رد الرهن، فالقول قول الراهن مع

يمينه، إذا لم يكن له (أى المرتهن) بينه، بلا خلاف أجده فيه، لأنه منكر باعتبار موافقته لأصاله عدم الرد، وكون المرتهن أميناً، أعم من تصديقه فى ذلك.

كذا علق عليه فى الجواهر، وهو كما ذكره.

وكذلك الحال فى المستعير والمقارض والوكيل والمستأجر وغيرهم، لأنه بادعاء الرد مدع، والطرف بإنكاره منكر فيحتاج إلى اليمين.

ولو قال الطرف: لا أعلم هل رد أم لا، حلف على عدم العلم، كما أنه إذا لم يعلم الوارث هل رد على مورثه أم لا، حلف على عدم العلم، كما ذكر فى كتاب القضاء.

مسأله ۵۰ لو طلب المدیون نفران

(مسأله ۵۰): قال فی القواعد: ولو کان لزید علیه مائه ولعمرو مثلها، ووکل من یقبض عنهما، ودفع المدیون لزید أو لعمرو فذاک، وإلاّ فالوجهان.

أقول: إن لم یدفع لواحد بعینه فهو کما تقدم من أنه باختیاره، إن شاء جعله عن هذا، أو عن هذا، أو عنهما بالتساوی، أو غیر التساوی، وإن نواهما معاً مطلقاً، فمقتضی القاعده التنصیف، لعدم الترجیح بلا مرجح، إن لم تکن النیه بحیث تنطبق علی التساوی، وعلی غیر التساوی، وإلا فالاختیار بیده فی أن یساوی بینهما أو لا یساوی.

ثم قال فی القواعد: ولو أخذ عن المماطل قهراً، فالاعتبار بنیه الدافع، ویحتمل القابض، ولو فقدت فالوجهان.

أقول: إن کان الأخذ القهری خفیه، فلا إشکال فی أن المعتبر نیه القابض، إذ لا نیه للدافع، وإذا کان علناً ونوی الدافع فلا إشکال فی اعتبار نیته، سواء کان الأخذ القهری بسبب الحاکم، أو بسبب نفس المطالب.

وأما إذا لم ینو المماطل، کان الاعتبار بنیه الآخذ، أما لو فقدت النیه من الدافع ومن القابض، فمقتضی القاعده أنه کالسابق، حیث یصح جعله من هذا أو من هذا، أو منهما علی التساوی، أو علی التفاوت، فإذا نوی الدافع المأخوذ منه قهراً فهو، وإلاّ حق للآخذ أن ینوی هو، فإذا نوی هو فلا حق بعد ذلک للدافع، لأن ظاهر أدله المقاصه أن النیه نیه القابض لا نیه الدافع، ولذا إذا أخذ القابض الشیء عنه بعنوان الغصب کان غصباً، وإذا أخذه بعنوان دینه کان دینه، وهکذا.

وقال فی القواعد: ولو کان التداعی فی الأذرع قدم قول المرتهن، وعلله فی مفتاح الکرامه بقوله: لأنه منکر والأصل بقاء الدین.

أقول: وهو كما ذكره.

وقال فى القواعد: ولو ادعى الراهن الغلط فى إقراره بقبض المرتهن الرهن، تعويلاً على كتاب وكيله فخرج مزوراً، أو قال أقبضه بالقول وظننت الاكتفاء به، قدم قول المرتهن مع اليمين.

وهو كذلك للأصل المذكور، ولما تقدم فى بعض مباحث (الفقه) من أن مثل هذه الدعوى تسمع لكثره وقوع مثل ذلك فى باب البيوع والإجارات وغيرها، فيكتبون الكتاب أولاً، ويكتبون فيه بقبض الثمن والمثمن والعين والأجره، ثم يسلم بعضهم إلى البعض ما عليه له، فإذا ادعى أنه كتابه بدون واقع ولم نسمع دعواه لزم بطلان كثير من الحقوق، فيشمله قوله (عليه السلام): «البينه على المدعى واليمين على من أنكر».

وقال فى القواعد: ولو اعترف الجانى بالجنايه على الرهن، فصدقه الراهن خاصه، أخذ الأرش ولم يتعلق به حق المرتهن، ولو صدقه المرتهن خاصه أخذ الأرش وكان رهناً إلى قضاء الدين.

أقول: وهو كما ذكره، فإن مدعى الجنايه إن صدقه المتراهنان فالأرش رهن عند المرتهن، لأنه عوض الرهن، وإن كذباه فلا شىء لهما، وإن صدقه الراهن وكذبه المرتهن، كان للراهن أخذ الأرش، ولا حق للمرتهن فيه، وإن صدقه المرتهن وكذبه الراهن، كان للمرتهن المطالبه بالأرش، ويكون مرهوناً عنده، فإن تكذيب الراهن لا ينفع فى عدم الشىء على الجانى المدعى الجنايه، إذ العين فيها حق للراهن وحق للمرتهن، فإذا لم يكن الحق للراهن أو للمرتهن بسبب تكذيبه لم يسقط حق الآخر، وقد نقله هذا مفتاح الكرامه عن المبسوط والتذكره والتحرير وجامع المقاصد وصدقه على ذلك، وهو كذلك.

ص:٣٣٨

وقال فى القواعد: ولو قال المالك: بعتك السلعه بألف، فقال: بل رهنتها عندى بها، فالقول قول كل منهما فى العقد الذى ينكره بعد اليمين، ويأخذ المالك سلعته، انتهى.

وهو كما ذكره، لأن كلاًّ منهما مدع لشىء وينكره الآخر فيتحالفان، ويندفع بذلك كل من العقدين المدعى بهما، فيأخذ المالك سلعته، ويبقى الدين فى ذمه المالك بلا رهن إن اعترف به، وإلا حلف يميناً جامعه لنفى الدين والرهن، أو يحلف حلفين، ويكون كما ذكر.

ثم إنه إذا ادعى نفران على ثالث أنه رهن عيناً عندهما، فإن كذبهما فالقول قوله مع يمينه، لأصاله عدم الرهن، وإن صدقهما على التساوى أو التفاوت وكان كذلك قالا، ثبت الرهن كما اتفقوا عليه، وإن صدق أحدهما خاصه فنصف الشىء مرهون عند المصدَّق بالفتح، ويحلف للآخر، كما ذكر مثله القواعد وغيره.

ولو تبايع كافران درهماً بدرهمين، ودفع مشترى الدرهم درهماً ثم أسلما، فإن قصد به الفضل بقى عليه الأصل، وإن قصد الأصل فلا شىء عليه لأنه ربا، وإذا أسلما سقط الربا، وإن قصدهما وزع وسقط ما بقى من الفضل، وإن لم يقصد، فكما ذكرناه فى المسأله السابقه، وقد تعرض لهذه المسأله القواعد والجواهر وغيرهما.

ومنه يعرف أنه إذا كان مديوناً لامرأه بدينار، وعمل بها عملاً يصح فى شرعهم، ثم أسلما فهو مديون بالدينارين، أما دينار الدين فواضح، وأما الدينار الآخر فلأن المفروض أنه مشروع عندهم، والبضع له ثمن إذا لم يكن عن بغاء.

أما لو فعل بها فعلاً غير مشروع عندهم، ومشروع عندنا، كما إذا تزوج

بالثانيه خلافاً لـدينهم، حيث يحرم دينهم ذلـك، ثم أسـلما، فهـل النكـاح صـحيح باعتبـار الإسـلام، وباعتبار أن الكفار مكلفون بالفروع كتكليفهم بالأصول، أو غير صحيح باعتبار قاعده الإلزام، وأنهم ملزمون فى دينهم بما التزموا به، احتمالان، ولا يبعد عدم صحه النكاح، إذ كلى تكليف الكفار بالفروع لا يوجب صحه ما يرونه باطلاً.

ولـذا إذا طلق زوجته ثلاثاً فى مجلس واحـد وتزوجها غيره، لم يصح له الرجوع إليها بحجه أن الطلاق الثلاث باطل وأنها زوجته، وأن الثانى الذى تزوجها إن تزوجها عالماً عامداً فهو زنا يحق له الرجوع إليها فى يومه، وإن لم يكن عالماً عامداً كان شـبهه يحق له الرجوع إليها بعد انقضاء عده الشبهه.

ومن هـذه المسأله يعرف أحكام ما نحن بصدده من الماليات، كما إذا زنى بها زناً فى حال الكفر، ثم أسـلما، فإنها لا تسـتحق منه مهراً، لأنه فى كلا الحالين زنا محرم، كما ذكرناه.

ص:٣٤٠

مسأله ۵۱ فروع فی الرهن

(مسأله ۵۱): نذکر هنا فروعاً ذکر بعضها المحقق القمی (رحمه الله) فی کتابه جامع الشتات:

فرع۱: قال: لا یصح رهن الوقف، لأنه یشترط فی صحه الرهن قابلیه المرهون، وتلک فی الوقف مفقود.

أقول: الوقف إذا کان وقفاً خاصاً لا ـ تحریراً، وکان بحیث ینطبق الوقف علی الرهن، لم یکن مانع من ذلک، وکأن المحقق نظر إلی غیر هذه الصوره، وإلا فلم یظهر لکلامه وجه.

فرع۲: قال: لو أخذ دیناً ورهن ماءً لم یحق للمرتهن التصرف فی ذلک الماء، وکان الماء ومنافعه للراهن.

وهو کما ذکره، لأن الراهن مالک للشیء ومنافعه، ولا یحق للمرتهن التصرف فی العین أو فی المنافع، وحتی إذا جعلت المنافع للمرتهن بالشرط ونحوه کان من الربا، إلّا إذا لم یکن هنالک ربا باعتبار وجود المقابل کما ذکرناه فی بعض المسائل السابقه.

فرع۳: لو اشتری من إنسان شیئاً، وخاف أن یظهر ذلک الشیء مستحقاً للغیر، فیأخذ منه رهناً صح ذلک.

کما ذکره المحقق القمی، لعمومات وإطلاقات الرهن الشامله لما نحن فیه.

وهذا آخر ما أردنا ایراده فی کتاب الرهن، والله الموفق المستعان.

ص:۳۴۱

سبحان ربك رب العزه عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين.

وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين.

انتهى بقلم مؤلفه محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى فى قم المقدسه، فى العشرين من شهر شوال من سنه ألف وأربعمائه وثلاث من الهجره.

ص:۳۴۲

المحتويات

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِی الَّذِینَ یَعْلَمُونَ وَالَّذِینَ لَا یَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمهٔ:

تأسّس مرکز القائمیهٔ للدراسات الکمبیوتریهٔ فی أصفهان بإشراف آیهٔ الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیهٔ والثقافیهٔ والعلمیهٔ معتمداً علی النشاطات الخالصهٔ والدؤوبهٔ لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیهٔ.

إجراءات المؤسسهٔ:

نظراً لقلهٔ المراکز القائمهٔ بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیهٔ وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبهٔ الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسهٔ القائمیهٔ للدراسات الکمبیوتریهٔ فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیهٔ وتقدم المؤسسهٔ مجاناً مجموعهٔ الکترونیهٔ من الکتب والمقالات العلمیهٔ والدراسات المفیدهٔ وهی منظمهٔ فی برامج إلکترونیهٔ وجاهزهٔ فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.

وتحاول المؤسسهٔ تقدیم الخدمهٔ معتمدهٔ علی النظرهٔ العلمیهٔ البحتهٔ البعیدهٔ من التعصبات الشخصیهٔ والاجتماعیهٔ والسیاسیهٔ والقومیهٔ وعلی أساس خطهٔ تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرهٔ من جمیع مراکز الشیعهٔ.

الأهداف:

نشر الثقافهٔ الإسلامیهٔ وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسهٔ أدقّ فی المسائل الدینیهٔ

تنزیل البرامج المفیدهٔ فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمهٔ للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیهٔ والجامعات

توسیع عام لفکرهٔ المطالعهٔ

تهمید الأرضیهٔ لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیهٔ

السیاسات:

مراعاهٔ القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیهٔ

إنشاء العلاقات المترابطهٔ مع المراکز المرتبطهٔ

الاجتنباب عن الروتینیهٔ وتکرار المحاولات السابقهٔ

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن یتحمل المؤلف مسؤولیة العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الکتب والملزمات والدوریات

إقامة المسابقات فی مطالعة الکتب

إقامة المعارض الالکترونیة: المعارض الثلاثیة الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمکنة الدینیة والسیاحیة

إنتاج الأفلام الکرتونیة والألعاب الکمبیوتریة

افتتاح موقع القائمیة الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافیة وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدینیة والأخلاقیة والاعتقادیة والردّ علیها

تصمیم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ویب کیوسک kiosk، الرسالة القصیرة ((sms

إقامة الدورات التعلیمیة الالکترونیة لعموم الناس

إقامة الدورات الالکترونیة لتدریب المعلمین

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبیقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ویمکن تحمیلها علی ۸ أنظمة؛

۱.JAVA

۲.ANDROID

۳.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

۷.CHM

۸.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلکترونیة للکتاب علی موقع القائمیة ویمکن تحمیلها علی الأنظمة التالیة

۱.ANDROID

۲.IOS

۳.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربیة والانجلیزیة والفارسیة

الکلمة الأخیرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.
عنوان المكتب المركزى
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكترونی : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزی ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵
هاتف المكتب فی طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱
قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.